

(الشركة جائزة) لأنه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقرروهم عليه قال (الشركة  
 ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الأملاك العين يرثها رجلان أو يشتريانها فلا يجوز  
 لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بأذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي) وهذه  
 الشركة تحقق في غير المذكور في الكتاب كما إذا اتهم رجلان عينا أو ملكاها بالاستيلاء أو اختلط مالهما  
 من غير ضئع أحدهما أو يخلطهما

بالإضافة فهي إضافة بيانية (قوله الشركة جائزة إلى آخره) قيل شرعيتها بالكتاب والسنة  
 والعقول. أما الكتاب فقوله تعالى فهم شركاء في الثلث وهذا خاص بشركة العين دون المقصود الأصلي  
 الذي هو شركة العقد وقوله تعالى وإن كثيرا من الظلماء أي من المشركين لا ينص على جواز كل منهما  
 مع أنه حكايه قول داود عليه الصلاة والسلام أخبار الخصمين عن شريعتهم اذ ذلك فلا يلزم استقراره  
 في شريعتنا وأما السنة فما في أبي داود وابن ماجه والحاكم عن السائب بن أبي السائب أنه قال للنبي  
 صلى الله عليه وسلم كنت شريك في الجاهلية فكنت خيسير شريك لا تدارى ولا تمارى وروى أحمد  
 ابن حنبل من حديث عبد الله بن عثمان بن خثيم عن مجاهد عن السائب أن النبي صلى الله عليه وسلم  
 شاركه قبل الإسلام في التجارة فلما كان يوم الفتح جاءه فقال عليه الصلاة والسلام حر جباباخي وشريك  
 كافي لا يدارى ولا يعارى يا سائب قد كنت تعمل أعمالا في الجاهلية لا تقبل منك وهي اليوم تقبل منك  
 وكان داسلف وصداقة واسم السائب صفي بن عائذ بن عبد الله بن عمر بن مخزوم وقول السهيلي فيه أنه  
 كثير الاضطراب ففهم من يرويه عن السائب ومنهم من يرويه عن قيس بن السائب ومنهم من يرويه  
 عن عبد الله بن السائب وهذا اضطراب لا يثبت به شيء ولا تقوم به حجة انما يصح إذا أراد الخجة في تعيين  
 الشريك من كان أما غرضنا وهو ثبوت مشاركتة صلى الله عليه وسلم فثبت على كل حال قال ابراهيم  
 الحاربي في كتابه غريب الحديث يدارى مهموز في الحديث أي يدافع ثم أراد المشايخ هذا انما يفيد أن  
 الشركة كانت على عهد الجاهلية وهو جزء الدليل أعني أنه بعث وهم يتشاركون فقرروهم ومفيدة الجزء  
 الثاني ما في أبي داود ومستدرك الحاكم عن أبي هريرة رضي الله عنه عنه عليه الصلاة والسلام قال الله  
 تعالى أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خانا خرجت من بينهما زاد رزين وجاءيد الشيطان  
 وضعفه القطان بجهالة والدابي حيان وهو سعيد فان الرواية عن أبي حيان عن أبيه وهو سعيد بن حيان  
 ورواه غيره عن أبي حيان مرسلًا ورواه الدارقطني يد الله على الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا  
 خان أحدهما خن صاحبه رفعها عنهم ولا شك أن كون الشركة مشروعة أظهر بثبوتها بثبوتها من هذا  
 الحديث ونحوه اذ التوارث والتعامل بهما من لدن النبي صلى الله عليه وسلم وهلم جرا متصل لا يحتاج فيه  
 إلى اثبات حديث بعينه فلهذا لم يزد المصنف على ادعاء تقريره صلى الله عليه وسلم عليها (قوله الشركة  
 ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الأملاك العين يرثها الرجلان أو يشتريانها) وظاهر هذا  
 العمل من القدوري القصر فذكر المصنف أنهما لا تقتصر على ما ذكر بل تثبت فيما إذا اتهم عينا أو ملكاها  
 بالاستيلاء بأن استولى على مال حربي ملكه بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير ضئع من أحدهما  
 بأن اتفق كيساهما المتجاوران فاختلط ما فيهما أو اختلط بخلطهما ما خلط يمنع التمييز كالخطة بالخطة  
 أو بتعسر كالخطة بالشعر ولو قال العين على كانها كان شاملا لأن بعضهم ذكر من شركة الأملاك الشركة  
 في الدين فقيس فجاز لأن الدين وصف شرعي لا ملك وقد يقال بل ملك شرعا ولذا جاز بهتة من عليه وقد  
 يقال إن الهبة مجاز عن الاسقاط لما لم تجز من غير من عليه والحق ما ذكرنا من ملكه وإذا ملك ما عنه  
 من العين على الاشتراك حتى إذا دفع من عليه إلى أحدهما شيئا كان الآخر الرجوع عليه بنصف ما أخذ  
 وليس له أن يقول هب هذا الذي أخذته حصتي وما بقي على المدين حصتك ولا يصح من المدين أن

والشركة جائزة لأن النبي  
 عليه الصلاة والسلام بعث  
 والناس يتعاملون بها فقرروهم  
 عليه وتعلمها الناس من  
 لدن رسول الله صلى الله عليه  
 وسلم إلى يومنا هذا من غير  
 تكبير منكر وهي على ضربين  
 شركة أملاك وشركة عقود  
 وكلامه ظاهر

قال المصنف (فشركة  
 الأملاك العين) أقول أي  
 شركة العين فالمضاف مقدر  
 قال المصنف (يرثها رجلان  
 أو يشتريانها) أقول قوله  
 يرثها صفة العين كافي قوله  
 تعالى كمثل الجار ينحمل  
 أسفارا

قوله ابن خثيم بضم الخاء  
 كافي أسماء الرجال لابن حجر  
 اه

خلط يمنع التمييز رأساً أو لا يخرج ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير إذنه إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز إلا بإذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى (والضرب الثاني شركة العقود وركنهما الإيجاب والقبول وهو أن يقول أحدهما أشار كبتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت)

يعطيه شيئاً على أنه قضاء وآخر الآخر قالوا والحيلة في اختصاص الآخر أخذ بما أخذ دون شريكه أن يهبه من عليه مقدار حقه ويبرئه هو من حصته وحكم هذه الشركة أنه لا يجوز أن تصرف في نصيب شريكه إلا بأمره لأن كلامه ما في نصيب الآخر كالأجنبي عن الشركة لعدم تضمها وكالة وأنه يجوز له أن يبيع نصيبه من الشريك في جميع الصور (و) أما (من غير الشريك) فيجوز بغير إذنه في جميع الصور إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز) بيع أحدهما نصيبه من غير الشريك (الاباذن الشريك) قال المصنف (وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى) وحقيقة الفرق ما أشار إليه في الفوائد الظهيرة وهو أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتدء بأن اشترى باحظة أو ورثاها كانت كل حصة مشتركة بينهما فيبيع كل منهما نصيبه شائعاً ترز من الشريك والأجنبي بخلاف ما إذا كانت بالخلط والاختلاط لأن كل حصة مملوكة بجميع أجزائها لأحدهما ليس للآخر فيها شركة فإذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه الاختلاط بنصيب الشريك فيتوقف على إذنه بخلاف بيعه من الشريك بالقدر على التسليم والتسلم وأما ما ذكر شيخ الإسلام من أن خلط الجنس بالجنس تعدى سبب الزوال الملك عن المخلوط ماله إلى الخلط فإذا حصل بغير تعدى يكون سبب الزوال ثابتاً من وجهه دون وجهه فاعتبر نصيب كل واحد زائلاً إلى الشريك في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك فقد يمنع ثبوت الزوال من وجهه فإن تمام السبب فيه هو التعدى فعند عدمه لا يثبت من وجهه واللكا كانت جميع المسببات ثابتة من وجهه قبل أسبابها وأيضاً فالزوال إلى الخلط عينا لا إلى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما زائلاً إلى الشريك الآخر عند البيع من الأجنبي بل المترتب عليه اعتباره زائلاً إلى الشريك الخلط عينا فلا يلزم اعتبار نصيب كل منهما زائلاً إلى الشريك في البيع من الأجنبي بل اعتبار نصيب غير الخلط فقط إذا باع من الأجنبي وانما قلنا إن تمام السبب التعدى لأن الخلط لا يظهر أثره في ذلك وانما يثبت به أي تعدى هو السبب في زوال الملك في هذا المال فيقال التعدى في خلطه (قوله والضرب الثاني شركة العقود وركنهما الإيجاب والقبول) ثم فسرهما المصنف بقوله (وهو أن يقول أحدهما شاركك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت) أي في كذا من المال وفي كذا من التجارات البرازية أو البقالية في العنان أو في كل مالى ومالك وهما متساويان وفي جميع التجارات وكل كفيل عن الآخر في المفاوضة ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المفاوضة كما سألني وليس اللفظ المذكور بلازم بل المعنى ولهذا لو دفع ألفاً إلى رجل وقال أخرج مثلها واشترها ما كان من ربح فهو يتناوب قبل الآخر أو أخذها وفعل انصرفت الشركة ويندب الشاهد عليها وكره محمد رحمه الله كيفية كتابتها فقال هذا ما اشترى عليه فلان وفلان اشترى كذا على تقوى الله تعالى وأداء الأمانة ثم بين قدر رأس مال كل منهما ويقول ذلك كله في أيديهم ما يشترى به ويبيعان جميعاً وشتى ويحمل كل منهما برأيه ويبيع بالتقدي والنسيئة وهذا وإن ملكه كل بمطلق عقد الشركة الآن بعض العلماء يقول لا يملكه واحد منهما إلا بالتصريح به فلتحرز عنه يكتب هذا ويقول فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رؤس أموالهما وما كان من وضعية أو تبعة فكذلك ولا خلاف أن اشتراط الوضعية بخلاف قدر رأس المال باطل واشتراط الربح متفاوتاً عندنا صحيح فيما سبقت ذكره فان كانا شرطاً متفاوتاً فبعضه كتمه كذا ويقول اشترى كذا على ذلك في يوم كذا في شهر كذا وانما يكتب التاريخ كي لا يدعى أحدهما لنفسه حقا فيما اشتراه الآخر قبل

وقوله (خلط يمنع التمييز رأساً  
كخلط الخلطة بالخلطة  
أو لا يخرج كخلطها  
بالشهير وقوله (فإنه لا يجوز)  
يعنى البيع (من الأجنبي) إلا  
بإذن شريكه وقوله (وقد  
بيننا الفرق في كفاية المنتهى)  
قيل الفرق أن خلط الجنس  
بالجنس على سبيل التعدى  
سبب لزوال الملك عن المخلوط  
إلى الخلط فإذا حصل بغير  
تعدى كان سبب الزوال ثابتاً  
من وجهه دون وجهه فاعتبر  
نصيب كل واحد زائلاً إلى  
الشريك في حق البيع من  
الأجنبي غير زائل في حق  
البيع من الشريك كأنه  
يبيع ملك نفسه فلا  
بالشبهين



وتوكله (فأبلا لوكالة) احتراز عن الشركة في التوكيد والاحتشاش والاختطاب (٥) والاضطداد فان الملك في هذه الصور يقع لمن باشر شئبه خاصا

وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة فأبلا لوكالة (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشترك بينهما ما فيه تحقيق حكمه المطالبين منه) ثم هي أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان في تساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما (لأنهما شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمرا لشركة إلى صاحبه على الإطلاق اذهى من المساواة قال قائلهم

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم \* ولا سراة إذا جهالهم سادوا

أي متساويين

هذا التاريخ (قوله) وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة فأبلا لوكالة (عقد الشركة منسوب على المصدر معمول المعقود وكل صور عقود الشركة يتضمن الوكالة وتختص المفاوضة بالكفالة وإنما شرط ذلك (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشترك بينهما ما فيه تحقيق حكمه) أي حكم عقد الشركة (المطلوب منه) وهو الاشتراك في الربح اذ لو لم يكن كل منهما وكيلا عن صاحبه في النصف وأصليا في النصف الآخر لا يكون الاستفادة مشتركة كالاختصاص المشتري بالمشتري واحتزبه عن الاشتراك في التوكيد والاختطاب والاحتشاش والاضطداد فان الملك في كل ذلك يختص به باشر السبب (قوله) ثم هي أي شركة العقود على (أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه) قيل في وجه الحصر أن العقد إما أن يذ كرفيه مال أو لا وفي الذ كراما أن تشترط المساواة في المال ووجهه وتصرفه ونفعه وضرره أولا فان شرط ذلك فهو المفاوضة والافه والعنان وفي عدم ذ كراما (أما) أن يشترط العمل في مال الغير أولا فالأول الصنائع والثاني الوجوه وقيل عليه أنه يقتضي أن شركة الصنائع والوجوه لا يكونان مفاوضة ولا عنانا وليس كذلك كما سئذ كره فيما يأتي فوجه التقسيم ما ذكره الشيخان أبو جعفر الطحاوي وأبو الحسن الكرخي حيث قالوا الشركة على ثلاثة أوجه شركة بالأموال وشركة بالأعمال وشركة بالوجوه وكل منهما على وجهين مفاوضة وعنان وسيأتي البيان إن شاء الله تعالى (قوله) فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان في تساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما (ويكون كل منهما كفيلا عن الآخر في كل ما يلزمه من عهده ما يشتره كإنه وكيل عنه (لأنها شركة عامة) يفوض كل منهما إلى صاحبه على العموم (في التجارات) والتصرفات لأن الفوضة الشركة والمفاوضة المساواة فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فعم التساوي في ذلك ولا يخفى أن قول المصنف اذهى من المساواة تساهل لأنها مادة أخرى فكيف يتحقق الاشتقاق بل هي من التفويض الذي منه فاض الماء اذا عم وانتشر وإنما أراد أن معناها المساواة واستشهد بقول الافوه الاودي

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم \* ولا سراة إذا جهالهم سادوا

وبعده

اذ اتولى سراة الناس أمرهم \* ناعلى ذلك أمر القوم وازدادوا

وقيل بعده

تهدى الأمور بأهل الرأي ما صلت \* فان تولت فبالجهال ينقادوا

ومعنى البيت إذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون إليه بل كان كل واحد مستقلا يتقدمه ككيف كانت تحققت المنازعة كافي قوله تعالى لو كان فيه ما آلهة الا الله لفسدتا والسراة جمع سرى وهو السيد وجعله صاحب المفصل اسم جمع له كركب في راكب والسرى فعيل جمع على فعلة بالتجزيك وأصله سرورة تحركت الروا وفتح ما قبلها قلبت ألفا فصار سراة وتعمل سرى سرى

والثاني الوجوه ومعنى البيت لا يصلح أمور الناس حال كونهم متساوين اذ لم يكن لهم أمراء وسادات فانهم إذا كانوا متساوين يتحقق المنازعة بينهم والسراة جمع السرى وهو جمع عز لا يعرف غيره وقيل هو اسم جمع للسرى

يقتضى لمن باشر شئبه خاصا لأعلى وجهه الاشتراك أي شركة العقود كإها متضمنة لعقد أو كإها شركة المفاوضة من بينها مخصوصة بتضمن عقد الكفالة ثم علل تضمن هذه العقود الكفالة بقوله (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشترك بينهما ما فيه تحقيق حكمه المطلوب منه) أي من عقد الشركة وتشرح هذا أن هذه العقود اذا تضمنت الو كإها لان من حكم الشركة ثبوت الاشتراك في الاستفادة بالتجارة يصير الاستفادة بالتجارة مشتركا بينهما الا أن يكون كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في النصف وفي النصف عاملا لنفسه حتى يصير الاستفادة مشتركا بينهما فصار كل واحد منهما وكلا عن صاحبه بمقتضى عقد الشركة وقوله ثم هي أربعة أوجه ذ كرفي وجهه الحصر على ذلك أن الشريكين اما أن يذ كرا المال في العقد أولا فان ذ كرا فاما أن يلزم اشتراط المساواة في ذلك المال في رأسه ووجهه أولا فان لزم فهي المفاوضة والا فالعنان وان لم يذ كراه فاما أن يشترط العمل فيما بينهما في مال الغير أولا فالأول الصنائع

وقوله فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء اما ابتداء فظاهر بناء على ما ذكر من مأخذ استلزامه واما انتهاء فلان المفاوضة من العقود الجائرة فان لكل واحد منهم مالا لاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان ادواها محكم الابتداء وفي ابتداء المفاوضة تشترط المساواة فكذا في الانتهاء (وقوله وذلك) أى تحقيق المساواة (٦١) في المال والمراد به ما نصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاؤل فيما لا يصح فيه

الشركة كالغرض والديون والعقار حتى لو كان لاحدهما عروض أو ديون على الناس لا تبطل المفاوضة ما لم تقبض الديون وقوله (كل ذلك بانفراده فاسد) أى كل من الوكالة والكفالة في المجهول فاسد حتى لو وكل رجلا وقال وكنك بالشراء أو بشراء الثوب كان فاسدا وكذلك الكفالة للمجهول بالعلوم باطل فالكفالة للمجهول بالمجهول أولى بالاطلاق فان قبض الوكالة العامة جائزة كما اذا قال لا آخرو كنك في مالى اصنع ما شئت فانه يجوز ان يتصرف في ماله اجيب بأن المجهوم ليس عمرا داهنا فانه لا تثبت الوكالة في حق شراء الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز

فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما نصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاؤل فيما لا يصح الشركة فيه وكذا في التصرف لانه لو ملك أحدهما تصرفا لا يملك الآخر لاف التساوى وكذلك في الدين لما بين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي وقال مالك لا أعرف ما للمفاوضة وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم فافوضوا فانه أعظم للبركة اجتمعتا وسبقت احدهما بالسكون فقلبت الواو ياء ثم ادغمت في الياء وسبقت في وجه المساواة (فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء) عند عقد الشركة (وانتهاء) أى في مدة البقاء لان عقد الشركة عقد غير لازم فان لكل منهما ان يقسح اذا شاء فكان لبقائه حكم الابتداء فاجتمع ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاءه حتى لو كان المالا ن سوا يوم العقد ثم ازدادت قيمة أحدهما قبل الشراء فسدت المفاوضة وصارت عنانا بخلاف ما لو زاد بعد الشراء بالمالين لان الشركة انتقلت الى المشتري فاعنا تغير سعر رأس المال بعد خروجه عن الشركة فيه ولو اشترى بجميع مال أحدهما ثم فضل مال الآخر ففي القياس تفسد المفاوضة وفي الاستحسان لا تفسد لان الشراء بالمالين جميعا قل ما يتفق فيلزم اشتراطيه خرج ولان المساواة قائمة معنى لان الآخر لما ملك نصف المشتري صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف المالم يستحق به لصاحبه غير انه لا يشترط اتحادهما صفقة فلو كان لاحدهما درهم سود ولا آخر مثلهما بيض وقيمتاهما متساوية صحّت المفاوضة بخلاف ما لو زادت وكذا لو كان لاحدهما ألف ولا آخر مائة دينار وقيمتها ألف صحّت فان زادت صارت عنانا وكذا لو ورث أحدهما دراهم أو اتهمها تنقلب عنانا ثم المراد بالمال الذي يلزم فيه التساوى ما نصح به الشركة من الدراهم والدنانير والقاوس على قولهما دون العروض ولو كان لاحدهما وديعة تقدم تصح المفاوضة ولو كان له دين صحّت الى أن يقبضه فاذا قبضه فسدت وصارت عنانا ولا يعتبر التساوى في التصرف فانه لو ملك أحدهما تصرفا لم يملك الآخر فالتساوى وكذا في الدين لما بين عن قريب (قوله) وهذه الشركة جائزة في قول أصحابنا رحمه الله استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله وقال مالك رحمه الله لا أعرف ما للمفاوضة) وهذا لا يلزم تناقض به كما قيل اذا لم يعرفه فكيف حكم بفسادها لان العالم يقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد والمعنى لا وجود للمفاوضة على الوجه الذي ذكرتموه في المشرع وما لا وجود له شرعا لاصحة له وقد حكى عن أصحاب مالك ان المفاوضة تجوز وهي أن يفوض كل منهما الى الآخر التصرف في غيبته وحضوره وتكون يده كيد غير ان لا يشترط التساوى في المالين وعن روى عنه القول بالمفاوضة الشعبي وابن سيرين ذكره الشيخ أبو بكر الرازي (وجه) قولهما وهو وجه (القياس) انها تضمنت الوكالة (بشراء) (مجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل بانفراده فاسد) ولو قال وكنك بشراء عبد أو ثوب لم يجز حتى يبين نوعه وصفته ولو كفل لمن سيدينه بما يلزمه لا يصح فاجتمعا هما يريد فسادا فان قيل الوكالة العامة جائزة كما لو قال لا آخرو كنك في مالى اصنع فيه ما شئت حتى يجوز له ان يفعل فيه ما شاء قلنا المجهوم غير مراد فانه لا يثبت وكالة كل في شراء طعام أهل الآخر وكسوتهم اذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس (وجه الاستحسان) أمران أحدهما ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال فافوضوا فانه أعظم للبركة أى ان عقد المفاوضة أعظم للبركة وقوله صلى الله عليه وسلم اذا فوضتم

المسلم والكافر قال المصنف (وقال مالك لا أعرف ما للمفاوضة) أقول قال في السكافي وهو يتناقض لأنه اذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد اذا تصديق بالا تصور ورده هذا بان قوله لا تدري ما يكون حكم بالفساد ولا بالخوار في يلزم التناقض اه وفيه بحث

وكذا الثامن بعد سائرهم من غير تكبير وبه يترك التباس والجهالة متحملة تبعاً كما في المضاربة (ولا تتعقد  
الابتنافذ المفوضة) ليعود شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لأن المعتبر هو  
المعنى يقال (فتجوز بين الحرين التكبيرين مسلمين أو ذميين لتحقيق التساوي وإن كان أحدهما كتابياً  
والآخر مجوسياً تجوز أيضاً) لما قلناه (ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ) لانعدام  
المساواة لأن الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحداً منهما ما لا باذن المولى

فاحسنوا المفاوضة وهذا الحديث لم يعرف في كتب الحديث أصلاً والله أعلم به ولا يثبت به حجة على  
الخصم وإنما أخرج ابن ماجه في التجارات عن صالح بن صهيب عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله  
عليه وسلم ثلاث فين البركة البيع إلى أجل والمقارضة واختلاط البر بالشعر للبيت لا للبيع وفي  
بعض نسخ ابن ماجه المفاوضة بدل المقارضة ورأى إبراهيم الحارثي في كتاب غريب الحديث وضبطه  
المقارضة بالعين والصاد وفسرها ببيع عرض بعرض مثله (والآخر) ما ذكره من (أن الناس تعاملوا  
به من غير تكبير وبه يترك القياس) لأن التعامل كالاجماع ولو منع ظهور التعامل به على الثمرات  
التي ذكرتم من المساواة في جميع ما يملكه كل من التقدر بل على شرط التفويض العام كما أن مالكاً أمكن  
ثم أجاب عن القياس فقال (الجهالة متحملة) لأننا انما نتبعت (تبعاً) والتصرف قد يصح تبعاً ولا يصح  
مقصوداً (كما في المضاربة) فأنما اتضمن الو كالة بشراً مجهول الجنس وكذا شركة العنان فلا يتم  
الالزام وانظم الكلام السكلي وهو قوله والجهالة متحملة تبعاً الجواب عن الزام الكفالة للمجهول وفصل  
الجواب فيها في المبسوط فقال وأما الجهالة فعيها لا تبطل الكفالة ولكن يمكن المنازعة بسببها وهو  
منعهم هنا لأن كل واحد انما يصير ضامناً عن صاحبه ما لم يزمه تجارته وعند الزوم المضمون له والمضمون  
به معلوم وكأن المصنف انما لم يرج عليه لأنه لو صح صحت الكفالة للمجهول ابتداءً لأن عند الزوم  
لا بد أن يتعين المكفول له فاكتمى بنفى الالتزام بما ذكر من أن الشيء قد يصح تبعاً لا قصداً ولا يلزم من عدم  
صحة الكفالة كذلك قصد عدم صحتها ضمناً وعلى هذا يمكن اثبات صحتها شرعاً أخذاً من هذا الجواب  
هكذا تصرف نافع لا مانع فيه في الشرع فوجب صحتها والمانع وهو الو كالة بمجهول والكفالة بمجهول  
ينع اذا ثبت قصداً ولا يلزم من منع الشيء اذا ثبت قصداً منعه اذا ثبت ضمناً فان قيل فن أين اشتراط  
المساواة في المال قلنا هذا أمر يرجع إلى مجرد الاصطلاح وذلك أن الشركة في صورة يكون الشريكان  
متساويين المالكين على وجه التوزيع على العموم جائزة بلا مانع كما في صورة عدم تساويهم ما قلنا ان  
عقد على أربعة الأول سميناً الشركة مفوضة والاسمينها عناناً غيرنا كتماناً بلطف المفاوضة في ثبوت  
الشرط المذكور بعلنا أياه علماء على عام المساواة في أمر الشركة فإذا ذكرنا اثبات أحكامها إقامة اللفظ  
مقام المعنى بخلاف ما إذا لم يذكرها لعدم تحقق رضاها بأحكامها إلا أن يذكر اعتماد معناها بان يقول  
أحدهما وهما حران مسلمان بالغان أو ذميان شاركتهما في جميع ما أملاك من نقد وقدر مائلك على وجه  
التفويض العام من كل مائة أخرى في التجارات والنقد والنسيئة وعلى أن كلامنا ضمناً على الآخر  
ما يلزمه من أمر كل بيع وهذا قول المصنف (وتتعد بلطف المفاوضة لبعده شرائطها عن فهم العوام حتى  
لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لأن المعتبر هو المعنى) واللفظ وسيلة إلى إفهامه ولو عقد بلطف المفاوضة  
وبعض شرائطها منتف أن عقدت عناناً إذا لم يكن المتفق من شروط العنان ويكون تعبيراً بالمفاوضة عن  
العنان (قوله وإن كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً) إن فيه للوصول وقوله (لما قلنا) أي  
لتحقق التساوي إذا كفر كل مائة واحدة (قوله ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ)  
تعدراً للمساواة لأن الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحداً منهما ما لا باذن المولى

(قوله والجهالة متحملة  
تبعاً كما في المضاربة) يعني  
الو كالة بمجهول الجنس  
موجودة في المضاربة وهي  
جائزة هناك تبعاً فكذلك  
ههنا ألا ترى أن شركة  
العنان تصح وإن تضمنت  
ذلك لأن ما يشترط به كل  
واحد منهم ما غير مسمى عند  
العقد فكذلك المفاوضة  
وقوله (لأن المعتبر هو المعنى  
دون اللفظ) يوضحه أن  
الكفالة بشرط برائة الأصل  
حوالة والحالة بشرط  
ثمان الأصل كفالة وقوله  
(لما قلنا) إشارة إلى قوله  
لتحقق التساوي أي في  
كونهم ذميين وقوله (ولا  
تجوز) أي المفاوضة بين  
الحر وبين المملوك ظاهر

واعترض على قوله وله مما أنه لا تساوى في التصرف بان المفاوضة تصح بين الكفاية والجوسى مع انهما لا يتساويان في التصرف فان الجوسى يتصرف في الموقوفة لا اعتقاده المالية فيها والكفاية لا يتصرف فيها وكذلك الكفاية يؤاخر نفسه للذبح دون الجوسى لان ذبيحته لا تحل وكذلك تصح بين الخنفي والشافعي (٨) مع وجود التفاوت بينهما كما قال أبو يوسف وأجيب بأن عدم المساواة يبطل

للعقد لا بحالة والتفاوت في الموقوفة لم يعتبر لان من جعل الموقوفة مالا متقوما لا يقبل فيه بين الكفاية والجوسى فتتحقق المساواة وأما مؤاخرته نفسه للذبح فان المساواة بينهما ثابتة في ذلك معنى لان كل واحد من الكفاية والجوسى من أهل ان يتقبل ذلك العمل على أن يقيم نفسه أو بنائيه واجارة الجوسى للذبح صحيحة يستوجب بها الاجر وان كان لا تحل ذبيحته وأما مسئلة الخنفي والشافعي فان المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت على ان متروكة التسمية عامد ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيه للخنفي والشافعي جميعا اثبتت ولاية الارام بالحاجة فتتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف وقوله (ولا بين الصبيين) يعنى وان أذن لهما أو هما لان مبنى المفاوضة على الكفالة وهما اليسار من أهل ذلك وكذلك المكاتبان وقوله (اذ هو) أى العنان قد يكون خاصا وقد يكون عاما يعنى قد يكون عاما في أنواع التجارة وقد يكون في نوع خاص منها والمفاوضة

والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي قال (ولا بين المسلم والكافر) وهذا قول أبو حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز للتساوى بينهما فى الو كالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف عليهما أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوى والخنفي فانها جائزة ويتفاوتان في التصرف في متروكة التسمية الا انه يكره لان الذى لا يمتدى الى الجائر من العقود ولهما انه لا تساوى في التصرف فان الذى لو اشترى برأس المال خورا أو خنازير يصح ولو اشترى اها مسلم لا يصح (ولا يجوز بين العبدین ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين) لانعدام صحة الكفالة وفى كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك فى العنان كان عنانا لا يستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما

والصبي لا يملك الكفالة) أصلا ولو أذن له الولي (ولا يملك التصرف الا باذنه قال ولا بين الكافر والمسلم وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز للتساوى بينهما فى صحة الو كالة والكفالة) وكون أحدهما هو الكافر يملك زيادة تصرف لا يملكه الآخر كالعقد على الخمر ونحوه لا معتبر به بعد تساوىهما فى أصل التصرف مباشرة وو كالة وكفالة (وصار كالمفاوضة بين الشافعي والخنفي فانها جائزة ويتفاوتان فى العقد على متروكة التسمية الا انه يكره) أى عقد الشركة بين المسلم والكافر (لان الذى لا يمتدى الى الجائر من العقود ولا يمتد من الباقيكون سببا لوقوع المسلم فى كل الحرام) وقوله الا انه يكره استثناء من قوله قال أبو يوسف يجوز بناء على استعمال الجواز فى أعم من الإباحة بمعنى استواء الطرفين وهو ما لا يعاقب عليه وفيه نظر لان قضية الاستثناء ان ينتفى الحكم عما بعد الا فيكون قد أخرج الكراهة التى يتضمنها الجواز عنه فلا يثبت فاعمالها واستدراك من الجواز فان مطلقه يتصرف الى غير المكروه فاستدرك منه الكراهة أى إكفاله مكروه وبعض أهل الدرس قالوا يريد الاستثناء المنقطع لما رأوه بمعنى لكن وهو غلط لان المستثنى فى المتصل والمنقطع مخرج من حكم المصدر فالجاء لم يجزى فى قولك جاءوا الاحرار فيقتضى إخراج الكراهة عن ثبوت الجواز فلا تثبت الكراهة (ولهما انه لا تساوى في التصرف فان الذى لو اشترى برأس ماله خورا أو خنازير يصح ولو اشترى اها مسلم لا يصح) لكن بقى قول أبى يوسف كالمفاوضة بين الخنفي والشافعي مع التفاوت فيما يملك ان لم يجب عنه وكذا بين الكفاية والجوسى فان الجوسى يتصرف فى الموقوفة لانه يعتقد مالهما دون الكفاية وكذا الكفاية يؤاخر نفسه للذبح دون الجوسى وأجيب بأن من جعل الموقوفة مالا متقوما فى حقهم فلا فصل بين الجوسى والكفاية فتتحقق المساواة فى التصرف وأما مؤاخرته نفسه للذبح فكل منهما من أهل ان يتقبل ذلك العمل على ان يعمل بنفسه أو بنائيه واجارة الجوسى نفسه للذبح جائزة ليستوجب بها الاجر وان كان لا تحل ذبيحته وأما الخنفي والشافعي فالمساواة ثابتة لان الدليل على كونه ليس مالا متقوما قائم وولاية الارام بالحاجة ثابتة بانجماد الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعي والخنفي وأما المسلم مع المرتد فلا تجوز الشركة بينهما فى قولهم هكذا ذكره الكرخي وذكر فى الاصل قياس قول أبى يوسف انه يجوز عنده (قوله ولا بين الصبيين) يعنى ولو أذن لهما لم يملك اليسار من أهل الكفالة ولا بين العبدین والمكاتبين (قوله وفى كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها الخ) وذلك كالموقف بالغ وصبي أو حر وعبد أو مكاتب أو شرط عدم الكفالة تصير عنانا وان عمما التصرف والمال وقساويا فيه لان عقد

عامة فيها جازان يذ كرلفظ المفاوضة ويراد معنى العنان كما يجوز اثبات معنى الخصوص بلفظ العموم شركة (قوله على أن يقيم نفسه أو بنائيه الخ) أقول فيه بحث فان المسلم أيضا من أهل ان يشتري الخمر او الخنزير بنائيه كما سبى فى كتاب الو كالة ويجوز ايضا ان اجارة نفسه حصصه دون اشتراء المسلم الخمر فتأمل



(قوله وتنعقد على الوكالة والكفالة) أي تنعقد شركة المفاوضة على الركة كعامة الشركات ليحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما ينبتني قوله ليكون ما يستفاد بالتصريح في مشترك أو على الكفالة هو على معنى ان يطالب كل واحد من شريكي المفاوضة بما يشاء الآخر واليه أشار بقوله لتحقيق المساواة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا وقوله (لان مقتضى العقد تمليل المستثنى منه) وهو قوله قد يكون على الشركة وقوله (لما ينبت) إشارة الى هذا التعليل وقوله (ولالبائع) أي لبائع الطعام والكسوة (قوله) فمما يتبع الاشتراك فيه البيع والشراء والاستتجار) أما صورة البيع والشراء فظاهر وأما صورة الاستتجار فهو أن يستأجر أحد المتفاوضين أجرا في تجارتهم ما أودبه أو شيئا من الأشياء فلمؤجر أن يأخذ أي ما شاء لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما ما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استأجر مطاوعة نفسه أو استأجر ابلا الى مكة فيحج عليها للمكاري أن يأخذ أي ما شاء الا أن شريكه اذا أدى من خالص ماله رجع بعليه لانه أدى ما كفل عنه بأمره وان أدى (٩) من مال الشركة رجع عليه بنصيب من المؤدى

وأما في شركة العنان فلا يؤخذ به غير الذي استأجره لانه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه ومنه القسم الآخر الجناية على بغي آدم والنكاح والخلع والصالح عن دم العمد وعن النفقة فلوا دعى رجل على أحد المتفاوضين جراحة خطأ لها ارش مقدروا استخلفه خلف ثم أراد أن يستخلف شريكه ليس لذلك ولا خصومة له مع شريكه لان كل واحد منهم ما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب التجارة فاما ما يلزمه بسبب الجناية فلا يكون الاخر كفيل به الا ترى انه لو ثبت بالبينه أو بعاينة السبب لم يكن على الشريك من موجبها شيء ولا خصومة للرجعي عليه معه وكذا المهر والخلع والصالح عن جناية العمد والنفقة اذا ادعاه على أحدهما وحلفه

قال (وتنعقد على الوكالة والكفالة) أما الوكالة فتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما ينبتنا وأما الكفالة لتحقيق المساواة فيما هو من موجبات التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال (وما يشتره كل واحد منهما ما يكون على الشركة الا طعام أهله وكسوتهم) وكذا كسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما ما قام مقام صاحبه في التصرف وكان شراء أحدهما كشرائه ما لا استثناء في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الرتبة معلومة الوقوع ولا يمكن إيجابه على صاحبه ولا التصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس أن يكون على الشركة لما ينبتنا (ولالبائع أن يأخذ بالثمن أي ما شاء) المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما أدى لانه قضى دينه عليه من مال مشترك بينهما قال (وما يلزم كل واحد منهما من الدين بدلا عما يتضح فيه الاشتراك فلا آخر ضامن له) لتحقيق المساواة فيما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستتجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصالح عن دم العمد وعن النفقة

شركة العنان قد يكون عاما كما يكون خاصا بخلاف المفاوضة لان تكون الاعامة (قوله وتنعقد) أي المفاوضة (على الوكالة والكفالة) وان لم يصرح بهما فان ذلك موجب اللفظ فيثبت بذكر أي وكالة كل منهما عن الآخر في نصف ما يشتره وكفالة الكل منهما الاخر (أما) انعقادها على (الوكالة) فلتحقق غرض الشركة (قوله) (على ما ينبتنا) يريد قوله ليكون ما يستفاد به على الشركة فيتحقق الاشتراك في الربح (وأما الكفالة) فلتحقق المساواة التي هي مقتضى المفاوضة (فما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما) بسبب ما هو من أفعالها وما يشبه ما هو وتجارة (وما يشتره كل واحد منهما ما يكون على الشركة الا طعام أهله وكسوتهم) فيختص به ومع ذلك يكون الاخر كفيل عنه حتى كان لبائع الطعام والكسوة له ولعياله وادامهم أن يطالب الآخر ويرجع الاخر بما أدى على الشريك المشتري بخلاف ما لو اشترى أحدهما جارية للوط عا بدان شريكه فانه يختص بهما على ما سأل في آخر الشركة ان شاء الله تعالى وانما اخص بذلك ولم يقع على الشركة استحسانا بالضرورة (فان الحاجة الرتبة معلومة وقوعها) أي المستمرة من قوله سم رتب الشيء اذا دام ومنه أمر رتب أي دائم بفتح التاء الثانية وضمها (ولا يمكن إيجاب نفقة عياله على صاحبه) فكان مستثنى ضرورة (والقياس وقوعه على الشركة لما ينبتنا) من ان مقتضى العقد المساواة ثم كفالة كل الاخر اغاها فيهما هو من ضمان التجارة

(٣ فتح القدير - خامس) عليه ليس له ان يحلف الاخر لما ينبتنا وصورة الخلع ماذا كانت المرأة عقدت عقدا للمفاوضة ثم خالعت مع زوجها فالزم عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها وكذا الوقت يبذل الخلع لا يلزم على شريكها ومن هذا يتبين صورة غيره

قال المصنف (ولالبائع أن يأخذ بالثمن الى قوله ما أدى) أقول ما ثبت بالضرورة بقدر الضرورة ولهذا لم يتعد الى الكفالة وبقيت على مقتضى القياس فلتأمل قال المصنف (فما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستتجار) أقول قال الاتقاني ولنا في عبارة صاحب الهداية فنظرا لأن حق الكلام أن يقول فما يصح فيه الاشتراك ثمن المشتري وأجرة ما استأجر لا ينفق الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستتجار كذلك حق الكلام أن يقول ومن القسم الآخر ارش الجناية والمهر والنفقة الخ لانها هي الدين الواقعة بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الجناية والنكاح والخلع أنفسها الى آخر ما قال فيعلم بأدنى فكر ان شاء الله تعالى اه وفيه بحث وفي قوله لانه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستتجار بحث لأن الكلام فيما يصح فيه الاشتراك لا في الدين الواقع بدلا عنه فنبغي أن يقول فما يصح الاشتراك فيه المشتري والمستأجر وقس عليه

(قوله ولو كفل أحدهما) ظاهر (قوله ولو صدر) يعني عقد الكفالة وانما قيد بحال المرض لان المريض لو أقر بالكفالة السابقة في حال الصحة يعتبر ذلك من جميع المال بالاجماع لان الاقرار به يلاقي حال بقائها وفي حال البقاء الكفالة معاوضة (قوله وبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة) يعني (١٠) وحاجته ونال الى البقاء اذا المطالبة بتوجيه بعد الكفالة لانها حكمية فلا يلزم المال على

قال (ولو كفل أحدهما مال عن أجنبي لم صاحبه عند أي حنيفة وقال لا يلزمه) لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقرارض والكفالة بالنفس ولا يحنيفة انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم تصح من ذكره وتصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانها تبرع ابتداء وانتهاء وأما الاقرارض فعن أبي حنيفة انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعادة

الشريك الضامن لزم على الآخر وهذا هو حال البقاء بخلاف الصبي وغيره لان كلاً منهما في الابتداء به هل يلزمه أو لا فاعتبرنا جهة التبرع فيه ولم نعتبر حالان الابتداء ثمه محتاج اليه ولا كذلك هنا الصبي الابتداء لكون الضامن من أهل الضمان دون الصبي (قوله لم يصح ممن ذكره يريد به الصبي والمجنون الخ) وأما الاقرارض فعند أبي حنيفة يعني ان فيه روايتين قال في المبسوط ان اقرارض أحد المتفاوضين يلزم شريكه عند أبي حنيفة لانه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لانه تبرع (قوله ولئن سلم فهو اعادة) أي ولئن سلمنا ان اقرارض أحد المتفاوضين لا يلزم صاحبه قائماً لا يلزم لان الاقرارض اعادة لا معاوضة بدليل جوازه اذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية فعلم به ان ما يأخذه المقرض بعد الاقرارض حكم عين ما أقرضه لاحكام بدله كافي الاعارة الحقيقية

أما ويشبه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار ان شاء أخذ المشتري منه بدنه وان شاء أخذ شريكه وضمنان التجارة كثن المشتري في البيع الخائر وقيمه في الفاسد وأجرة ما استأجره سواء استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة وما يشبه ضمان التجارة ضمان غصب أو استهلاك عند أبي حنيفة أو ودعة اذا جحد أو استهلكها وكذا العارية لان تقرر الضمان في هذه المواضع يفيد له تلك الأصل فتبصر في معنى التجارة ولو لحق أحدهما ضمان لا يشبه ضمان التجارة لا يؤخذ به كإروش الخنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص وعن هذا ليس له أن يحلف الشريك على العلم اذا أنكر الشريك الخاني بخلاف ما لو ادعى على أحدهما ما يبيع خادم فأنكر فلم يدعي أن يحلف المدعي عليه على التات وشريكه على العلم لان كل واحد لو أقر بما ادعاه المدعي يلزمه ما بخلاف الخانية لو أقر أحدهما لا يلزم الآخر فلا فائدة في الاستحلاف وصورة الخلع ما لو عقدت امرأته شركة مفاوضة مع رجل أو امرأة ثم خالعت زوجها على مال لا يلزم شريكها وكذا لو أقرت يبدل الخلع أو التزمت أحد الشريكين وهو أجنبي (قوله ولو كفل أحدهما مال عن أجنبي لم صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يلزم صاحبه لانه) أي الكفيل (متبرع ولهذا لا تصح) الكفالة (من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولهذا) أيضاً (لو صدر) أي عقد الكفالة (من المريض مرض الموت صح من الثلث وصار كالاقرارض) اذا أقرض أحدهما من مال التجارة لا لئلا يلزم الشريك وانما اقتصر على صدور عقد الكفالة في المرض لان المريض لو أقر بكفالة سابقة على المرض لزمته في كل المال بالاجماع لان الاقرار به يلاقي حال بقائها وهي في حال البقاء معاوضة على ما سئذ كره في الاسرار وكون الاقرارض لا يلزم الشريك ولو أخذ به سقيمة هو قول محمد وظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقال بعضهم وقال أبو يوسف لا يجوز ونسبه الى الايضاح وبعبارة الايضاح نقلها في النهاية وغيره هكذا قال يضمن بمعنى المقرض لشريكه نوى المال أو لم يتو قياس قول أبي يوسف يضمن المقرض حصته شريكه قال وهذا فرع اختلافهم في ضمان الكفالة فعند أبي يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك فكذلك المقرض وعند أبي حنيفة ضمان الكفالة يلزم الشريك والكفيل في حكم المقرض (ولابي حنيفة انه) أي عقد الكفالة (عقد تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء) كالهبة بشرط العوض (لانه) أي الكفيل المدلول عليه بالكفالة (يستوجب الضمان على المكفول عنه بما يؤدي عنه) اذا كفل بأمره فيلزم شريكه بعد ما لزم عليه (فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لا يصح من ذكره) والوجه أن يقول ممن ذكره يعني الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولا يبعد أن يكون مبتدئاً

(قوله وانما قيد بحال المرض) أقول يعني انما

قيد البدور بحال المرض قال المصنف (لانه يستوجب الضمان) أقول لتعليل لكون الكفالة معاوضة فيها بقاء قال المصنف (وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره) أقول قال الاتقاني أي ذكره أبو يوسف ومحمد وكان القياس أن يقول ذكره يظهير الاثنان أو كان القياس أن يترك الظهير المنصوب ويذكر الفعل على صيغة المبني للفعل فلعله وقع هكذا من قلم الكاتب أو بالامر فيه سهل فان للظهير المستتر راجع اليهما بتاويل المذكور بل من ذكر

(قوله حتى لا يصح فيه الاجل) أي لا يلزم لان تأجيل الاقراض والعارية جائز لكن لا يلزم المضي على ذلك التأجيل (قوله ولو كانت الكفالة بغير أمره) متصل بقوله اذا كانت الكفالة بأمره (قوله في الصحيح) اشارة الى نفي ما ذهب اليه عامة المشايخ في شرح الجامع الصغير من عدم التفرقة بين ما اذا كانت بأمره أو بغير أمره لاطلاق جواب الجامع الصغير والمصنف تابع ما ذهب اليه الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير من التفرقة بينهما وأجاب عن اطلاق جواب الكتاب أي الجامع الصغير بأنه محمول على المقيد وهو الكفالة بالامر لأنه حينئذ تكون معاوضة انتهاء والا فهو متبرع ابتداء وانتهاء فلا يلزم شريكه (١١) وضمنان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة

عند أبي حنيفة يعني في انه يلزم شريكه وعند محمد ضمنان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة في أنه يلزمه أيضا وعن أبي يوسف في غير رواية الاصول انه لا يلزم الشريك وتلمح تحرير المذهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما عترض به على المصنف في قوله بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة بأن محمدا مع أبي حنيفة في لزوم ضمان الغصب والاستهلاك الشريك فلا يكون تخصيص أبي حنيفة ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجه ووجه قول أبي يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان وجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كارش الجنابة ولهم أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة لانه بدل مال محتوم للشركة فانه يجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المصوب والمستهلك بالضمنان وكذلك يصح اقرار المأذون له

فيكون لما لها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا يتحقق معاوضة ولو كانت الكفالة بغير أمره لم يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمنان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة لانه معاوضة انتهاء للقول بلا ضمير وانه سقط من قلم الكاتب ما يشبه الهاء وهذا لان الكفالة في الابتداء تبرع فلا يتصور تمامها معاوضة لان التمام بناء على الابتداء وقد يقال ان الكفالة تلاقى الذمة والذمة في المأذون كالشركة بينه وبين المولى حتى يصح اقرار المولى عليه في الذمة بقدر قيمته فلم تلاق الكفالة حقه بخلاف الحر البالغ لانهم لا يفتحقه فصحت تمت معاوضة فلزمت الشريك لان لزومها ليس في حال البقاء لانا انما نقول يلزم شريكه بعد ما لزم الكفيل بخلاف الكفالة بالنفس فانها تبرع ابتداء وبقاء اذ لا يستوجب المكفول له على الكفيل شيئا في ذمته من المال وأما الاقراض فانه اعادة محضة ابتداء وانتهاء للمعاوضة والا كان بيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية (فيكون للمثلها) أي المثل الدراهم أو الدنانير المقرضة (حكم عينها لا حكم البدل ولهذا لا يصح فيه التأجيل) أي لا يلزم ان يجري على موجب التأجيل في الاعارة والقرض والالزم الجبر فيما فيه تبرع وهو باطل على ان عن أبي حنيفة رواية الحسن في القرض انه يلزم الشريك بناء على شبهة المعاوضة بلزوم المثل فلنا ان نمنع (قوله ولو كانت الكفالة بغير أمره) أي امر المكفول عنه (لا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة) انتهاء أيضا اذ لا يتمكن من الرجوع عليه وقوله في الصحيح يشير الى خلاف المشايخ وما ذكره المصنف مختار الفقيه أبي الليث وحمل مطلق جواب الجامع الصغير عليه وعامة المشايخ جروا على الاطلاق ولم يتعرضوا للتفرقة بين كونها بأمره أو لا (قوله وضمنان الغصب والاستهلاك) وكذا ضمان الخالفة في الوديعة والعارية والاقرار بهذه الاشياء يلزم شريكه ولا معنى لتخصيص المصنف أبا حنيفة هلالا في ضمان الغصب والاستهلاك محمد مع أبي حنيفة في انه يلزم شريكه وفي الكفالة مع أبي يوسف كما نقله أنفقا لابي يوسف فيهما انه ضمان وجب بسبب غير تجارة فلا يلزم شريكه كارش الجنابة ولانه بدل المستهلك والمستهلك لا يتحمل الشركة ولهما ان ضمان الغصب والاستهلاك كضمان التجارة ولهذا يصح اقرار المأذون به عبدا كان أو صبياحرا وكذا المكاتب ويؤاخذ به في الحال ثم هو بدل مال تصح فيه الشركة لانه انما يجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك وكذا ملك المصوب والمستهلك بالضمنان واذا كان كذلك كان كل من المتفاوضين ملتزما له ضرره ونفعه وفي الكافي الاعارة للرهن نظير الكفالة خلافا وتعليل وجه كونها معاوضة عنده انتهاء لانه لو هلك الرهن في يد المرتجع يرجع المعير على الرهن بقدر ما سقط من دينه ولو أقر أحد المتفاوضين بدين لمن لا تجوز شهادته لم يلزم الآخر عند أبي حنيفة ويلزمه عندهما وأصله ان الوكيل لا يملك العقد مع هؤلاء عنه خلافا ويؤاخذ به في الحال وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون له والمكاتب به ولو لم يكن ضمان تجارة لم يصح وذلك معنى قوله لانه معاوضة انتهاء

(قوله والاستهلاك بمنزلة التجارة) أقول لا يلائمه قوله فيما سأتى لهما ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة فليتمل في التوجيه (قوله يظهر لك سقوط ما عترض به) أقول فيه بحث والمعتزض الاتقاني والكياكي (قوله فانه يجب بأصل السبب الخ) أقول فيه اشارة الى جواب سؤال بأن المستهلك لا يحمّل الشركة اذ المعدوم غير قابل للملك (قوله ولهذا ملك المصوب الخ) أقول مستند الى أصل السبب (قوله وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون الخ) أقول النظار ان هذه الواو زائدة وان انفتحت على اثباتها التسليم والمأذون صفة الضماني



المفاوضة لما ذكر في الكتاب وقوله (بان المساواة ليست بشرط فيه) أي في اعتنان ابتداء وتكليف ليس بشرط ابتداء ليس بشرط فيه وأما لأن بدوامه حكم الابتداء لكونه عقداً غير لازم فإن أحد الشرعيين إذا امتنع عن المضي على موجب العقد لا يغيره القاضي على ذلك وإنما مل في كلام المصنف رحمه الله أمل عالم بالتحقيق تدرك سقوط ما اعترض عليه بأن عقد الاجارة عقد لازم ومع هذا فلدوامه حكم الابتداء حتى أنها لا تبقى عتوت أحد المتعاقدين حينئذ كيف يصح التعليل بعدم التزوم لاثبات مدعاه وهو أن يكون لدوامه حكم الابتداء وذلك لانفسد قلنا كل ما هو عقد غير لازم فلدوامه حكم الابتداء وهو ثابت بالاستقراء ونضم هذه المقدمة الى قولنا ما نحن فيه من الشركة عقد غير لازم فيحصل لنا ما نحن فيه من الشركة لدوامه حكم الابتداء وأما أن يكون بعض العقود اللازمة أيضاً لدوامه حكم الابتداء بدليل فلا يضر في مطلبنا لأن الموجبة الكلية لا تنعكس كنفسها وان ورث أحدهما عرضاً فهو له ولا تنفسد

قال (وان ورث أحدهما مالاً أصبح فيه الشركة أو وهبه أو وصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عتلاً) ثبوت المساواة فيما يصلح رأس المال الذي شرط فيه ابتداء وبقائه وهذا لأن الآخر لا يشاركه فيما أصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عتلاً لا مكان فإن المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم (وان ورث أحدهما عرضاً فهو له ولا تنفسد المفاوضة) وكذا العقار لأنه لا تنسخ فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه (وما وسأني ان شاء الله تعالى) (قوله وان ورث أحدهما مالاً أصبح فيه الشركة فقبضه بطلت المفاوضة وصارت عتلاً) وكذا اذا وهبه أو تصدق به عليه أو وصى له به أو زادت قيمة دراهم أحدهما البيض على دراهم الآخر السوداء أو ذاتا بغيره قبل الشراء على ما قدمنا كل ذلك اذا وصل الى يده صارت عتلاً ولو ورث مالاً أصبح فيه الشركة كالعقار والعروض اختص به ولا تبطل المفاوضة وكذا في باقي الأسباب التي ذكرناها وانما بطلت لقوات المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة انتهى أي المساواة شرط لبقاء صحته ابتداء وبقائه وانما كان ما شرط ابتداءها شرط البقاء لكونه أي عقد الشركة عقداً غير لازم فإن أحدهما بعد العقد لو أراد فسخها فسخها وأورد عليه كيف يصح التعليل بعدم لزوم لأن لبقائها حكم الابتداء والاجارة عقد لازم حتى لا ينفرد أحد العاقدين فيها بالفسخ بل يجبر القاضي الممتنع على المضي ومع ذلك لدوامها حكم الابتداء حتى لا تبقى عتوت أحد المتعاقدين قتيبان كون العقد لدوامه حكم الابتداء يتحقق مع كونه لازماً كما يتحقق مع كونه غير لازم أحجب بأثر القياس في الاجارة ان لا تكون لازمة كما هو مذهب شريح لكون العقود عليه معدوماً في الحال فهو كالعارية لكنه لما كان عقداً معاوضة والتزوم أصل في المعاوضات تحقيقاً للنظر من الجانبين وانفساخه بموت أحدهما لا باعتبار ان لدوامه حكم الابتداء بل باعتبار قوت المستحق لأن الدار تنتقل الى ملك الوارث بموت المستأجر فلو بقيت لزوم اثار المنفعة المجردة وهي لا تورث ولهذا الومان الموصى له بمجدة العبد تبطل الرخصة ولا تنتقل الى ورثته لأن المنفعة المجردة لا تورث وان كانت الرخصة لازمة ولا بأس ان تد كرفوعاً من شركة العين اذ قل ذكرها في الكتاب \* أمر رجلان يشتري عبداً بعينه بينه وبينه فذهب فاشترى وأشهد أنه اشتراه لنفسه خاصة فالعبد بينهما لانه وكيل من جهة الآخر بشرائه نصف المعين فلا يقدر ان يعزل نفسه بغير حضور الموكل وعلى هذا اذا اشترى كاعلى ان ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع واحد منهما الخروج من الشركة في ذلك اليوم الا بحضور الآخر لان كلا منهما وكيل لصاحبه ولو شهد الموكل على اخراج الوكيل عما وكلمه وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى اذا تصرف قبل ان يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الآخر فكذلك في الشركة ولو أمره ان يشتريه بينهما فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال نعم ثم اشتراه المأمور فالعبد بين الاثنين نصفين ولا شيء للشري في نفسه لان الاول وكاه بشراء نصفه وقبل فصار بحيث لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه فكذلك الغيرة لانه انما يملك لغيره ما يملك شراءه لنفسه ولما أمره الثاني ان يشتريه بينهما فقد أمره بشراء نصفه فينصرف الى النصف الآخر لان مقصودهما صحيح هذا العقد وقد قبل ولا يمكن تصحيحه الا بذلك ولو اشترى رجل عبداً وقبضه فطلب اليه آخر ان يشركه فيه فاشترى فيه فله نصفه بمثل نصف الثمن الذي اشتراه به وهذا بناء على ان مقتضى الشركة يقتضي التسوية قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث الا أن يبين خلافه ولو اشرك اثنين فيه صفقة واحدة كان بينهما اثلاثاً ولو اشترى اثنان عبداً فاشترى فيه أحدهما فاشترى فيه الآخر فاشترى فيه ان يكون له نصفه ولكل من الشريين ربعه لان كلا صار مملوكاً نصف نصيبه فيجتمع له نصف العبد وفي الاستحسان له ثلثه لانهم ما حين اشركاه سوياً بأنفسهما وكان كأنه اشترى العبد معهما ولو اشركه



أحد الرجلين في نصيبه ونصيب الآخر فأجاز شريكه ذلك كان للرجل نصف وللشريك نصف وهو  
 ظاهر وروى ابن سميعة عن أبي يوسف رحمه الله أن أحد الشريكين إذا قال للرجل أشركتك في  
 هذا العبد فأجاز شريكه كان بينهما ثلثا لأن الإجازة في الانتهاء كالأذن في الابتداء وكذا لو أشركه  
 أحدهما في نصيبه ولم يسم في كم أشركه ثم أشركه الآخر في نصيبه كان له النصف ولو قال أحدهما  
 أشركتك في نصف هذا العبد فقد روى ابن سميعة عن أبي يوسف كان على كل واحد نصيب منه بمنزلة  
 قوله قد أشركتك بنصفه ألا ترى أن المشتري لو كان واحداً فقال للرجل أشركتك في نصفه كان له نصف  
 العبد كقوله أشركتك بنصفه بخلاف ما لو قال أشركتك في نصيبه فإنه لا يمكن أن يجعل به هذا اللفظ  
 على كل واحد نصيبه بأقامة حرف في مقام حرف الباء فإنه لو قال أشركتك بنصبي كان باطلاً قلداً كان له  
 نصف نصيبه وأعلم أن ثبوت الشركة فيما ذكرنا كانه ينبغي على صيرورة المشتري بائعاً لا شريكاً وهو  
 استفاد الملك منه فأنبى على هذا أن من اشترى عبداً فلم يقبضه حتى أشرك فيه رجلاً لم يجز لأنه يبيع  
 ما لم يقبض كالأولاد أياه ولو أشركه بعد القبض ولم يسلمه إليه حتى هلك لم يلزمه شيء لأن هلاك المبيع  
 في يد البائع قبل التسليم يبطل البيع ويعلم أنه لا بد من قبول الذي أشركه لأن لفظ أشركتك صار إيجاباً  
 للبيع ولو قال أشركتك فيه على أن تنقد عني الثمن ففعل كانت شركة فاسدة لأنه يبيع وشرط فاسد  
 وهو أن تنقده عنه ثمن نصفه الذي هو له ولو نقد عنه ربيع عليه بما تنقده لأنه قضى دينه بأمره ولا شيء له في  
 العبد لأن الأشراك كان فاسداً والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئاً ولو قبض نصف المبيع  
 ثم أشرك فيه آخر ملك الآخر نصف العبد لأن نصف النصف الذي قبضه لأن الأشراك يقتضي التسوية  
 وإنما يصح إذا انصرف اشراكه إلى الكل ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه لأن تصحيح التصرف يكون  
 على وجه لا يخالف اللفظ وقضية اللفظ اشراكه في كاه ولو قال رجل لا خيراً بنا اشتري هذا العبد فقد  
 أشرك فيه صاحبه أو فاسداً فيه فاشركه في كاه وهو جائز لأن كلامه مأمول لصاحبه بأن يشتري  
 نصف العبد له فأيهما اشتراه كان مشترياً بنصفه لنفسه ونصفه لصاحبه فإذا قبضه فهو كقبضهما  
 لأن يد الوكيل كيد الموكل ما لم يمنع حتى لو مات كان من مالهما فإن اشترى به مأموراً واشترى أحدهما نصفه  
 قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الآخر كان بينهما التمام مقصود كل منهما ولو نقد أحدهما كل  
 الثمن في هذه الصورة ولو غير أمر صاحبه رجع بنصفه عليه لأن بالعقد السابق بينهما صار كل منهما  
 وكيلاً عن الآخر في نقد الثمن من ماله كما لو اشتراه أحدهما ونقد الثمن فإن أذن كل منهما الشريك في  
 بيعه فباعه أحدهما على أن له نصفه كان بائعاً نصيب شريكه بنصف الثمن ولو باعه الآخر نصفه كان جميع  
 الثمن ونصف العبد دينه وبين شريكه نصفين في قياس قول أبي حنيفة وفي قولهما البيع على نصف  
 المأمور خاصة ومبناه على فصلين أحدهما أن عند أبي حنيفة أن الوكيل يبيع العبد ملك يبيع نصفه  
 والوكيل يبيع نصفه يبيع نصفه يبيع نصف ذلك النصف وعندهما لا يملك والثاني أن من قال بعثك هذا  
 النصفه بألف كان بائعاً للنصف بألف ولو قال بعثك بألف على أن له نصفه كان بائعاً للنصف بخمسة مائة  
 لأن الكلام المقيد بالاستثناء عبارة عما وراء المستثنى فكأنه قال بعثك نصفه بألف فأما قوله على  
 أن له نصفه فإصطلاحه ضم نفسه إلى المشتري فيما باعه منه وهذا وإن كان في ملكه لكنه إذا كان  
 مفيداً تصح كافي شراء مال المصاربة من المضارب فكان كالمشتري هو مال نفسه مع المشتري  
 فينقسم الثمن عليهم ما فيسقط نصفه عنه فيبقى نصف العبد بنصف الثمن على المشتري **مسئلة**  
 اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه الآخر بمائتين ثم باعه بمائة بثلثمائة أو بمائتين  
 قال ثمن بينهما ما نصفين ولو باعه بمائة بثلثمائة أو بالعشرة أو بعشرين كان الثمن بينهما ثلثا لأن  
 الثمن في بيع المساومة يقابل الملك فيعتبر الملك في المحل دون الثمن الأول وأما بيع المراجعة والتولية

فصل في ما كان الحب مما تنعقد به شركة المفاوضة غير البت عن انفصل عما قبله في فصل على حديثه وقال (ولا تنعقد الشركة) أي شركة المفاوضة لأن الكلام فيها الناذر كرفها المال إلا بالدرهم والدنانير وانما يفيد بقوله إذا ذكر فيها المال لأن ذكر المال ليس بيمين فيها فان المفاوضة تجوز في شركة الوجوه والتقبل ولا يشترط فيه المال وكلامه واضح غير أن في ذلك خلاف ما تشرجه الله نظر الما تقدم من قوله وقال ما لا أعرف ما المفاوضة (١٤)

فصل في (ولا تنعقد الشركة إلا بالدرهم والدنانير والفلس النافقة) وقال مالك تجوز بالعروض والمكيل والمردون أيضا إذا كان الجنس واحدا لأنها عقدت على رأس مال معلوم فأنشبه القود بخلاف المضاربة لأن القياس بأياها الماسية من ربح مالم يضمن

والوضعية فباعتبار الثمن الأول الأثرى أنه لا تستقيم هذه البيوع في المصوب لعدم الثمن ويستقيم بيع المساومة فيه وكذلك كان مشتري بعوض لا مثل له والثمن الأول كان اثلا ثانيا بينهما فأنكنا الثاني بوضعه أنا لاعتبارنا في بيع المراجعة الملائم في قسمة الثمن دون الثمن الأول كان البيع مراجعة في حق أحدهما ووضع في حق الآخر وقد نص على بيع المراجعة في نصيهما فلا بد من اعتبار الثمن الأول كذلك بخلاف المساومة الكل من الميسر

فصل في (لماذا كراشراط المساواة في رأس مال شركة المفاوضة احتاج إلى بيان أي مال تصح به فقال (لا تنعقد الشركة أي شركة المفاوضة إلا بالدرهم والدنانير والفلس النافقة) يعني لا تنعقد المفاوضة إذا ذكر فيها المال إلا بذلك وانما قلنا هذا لأنه ذكر في المبسوط أن المفاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل فيصح قولنا المفاوضة تنعقد في الوجوه والتقبل بلا مال فصدق بعض المفاوضة تنعقد بلا دراهم ودنانير وفلس وهو يناقض قوله لا تنعقد المفاوضة إلا بالدرهم الخ لأن الإيجاب الجزئي يناقض السلب الكلي والتقييد عاذا كرميز ج الدين والعروض وهو قول أحمد والشافعي في وجهه وفي وجه يجوز بالعرض المثل وقال مالك تجوز بالعروض إذا التحد جندهما وقال الأوزاعي وحاذ بن أبي سليمان تجوز الشركة والمضاربة بالعروض ولو وقع تفاضل في بيعها يرجع كل بقية عرضه عند العقد ولا تجوز عندنا بالعرض لا يجوز أن يكون رأس مال أحدهما عرضا والاخر دراهم أو دنانير ولم يشترط حضور المال وقت العقد وهو صحيح بل الشرط وجوده وقت الشراء وقد تم أنه لو دفع إلى رجل ألفا وقال أخرج مثلها واشترها وبيع فارتفعت فهو بيننا ففعل صح إلا أنه لا بد أن يقيم البينة أنه فعل ليلزم الآخر إذا لم يصدقه لو ثبتت وضعية وقيد بالدراهم والدنانير لاخراج الحلي والتبر فلا يصح أن رأس مال الشركة الأقياس كرم وأما الفلس النافقة فلم يذكر القدر وروى الحاكم أبو الفضل في الكافي فيها خلافا بل اقتصر على أن قال ولا تجوز الشركة إلا بالدرهم والدنانير والفلس ونحو الكرخي الجواز بالفلس على قوله ما وبعضهم جعل الظاهر الجواز وعدم الجواز رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وقال لو كان رأس مال أحدهما فلسا لم تجز الشركة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لهم انما صارت غنبا بصلاح الناس وليست غنما في الأصل وهم لم يتعاملوا أن يجعلوا رأس مال الشركة وعند محمد يجوز وهو قول أبي يوسف الأول وقال المصنف (قارئا) يعني المتأخرين (هذا قول محمد) واستدل عليه بمسئتين أحدهما أن الفلس لا تتعبد بالتعيين ولا يجوز بيع فلس بفلسين إذا كانا بعينهما عند محمد خلافا لهما وسبب في الوجه والتقييد بأعيانهم ما احترازوا عما لو باع فلسا بفلسين دينافاه لا يجوز اتفاقا لأن حرمة النساء ثبت باتحاد الجنس وجه قول مالك أن الجنس إذا كان متحد فقد عقدت على رأس مال معلوم فكانت كالقود (بخلاف المضاربة) حيث لا تجوز إلا بالتقود لأنها شرعت على خلاف القياس (لما فيها من ربح مالم يضمن)

أبي حنيفة في المزارعة ثم قوله (لأنه اعتقدت) يعني الشركة بالعروض والمكيل والمردون يقتضي جوازها وإن كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك وقوله (بخلاف المضاربة) يعني أن المضاربة مختصة بالدرهم والدنانير لأن القياس بأي جوازها لما فيها من ربح مالم يضمن

فصل في (ولا تنعقد الشركة الخ) (قوله) لأنها عقدت بعني الشركة بالعروض والمكيل والمردون يقتضي جوازها) أقول قوله ثم قوله مبتدأ وقوله يقتضي جوازها خبره (قوله وان كان الجنس مختلفا لم يقله به مالك) أقول فان ما لا يشترط الخلط وتحقيقه في الجنس الواحد قال المصنف (بخلاف المضاربة) أقول في النهاية في كتاب المضاربة ان العروض تصلح رأس مال المضاربة عند مالك إلا أن ثبت عنه روايتان اد ثم رأيت السؤال والجواب بعينهما في غاية البيان في كتاب المضاربة

قال المصنف (لأن القياس بأياها الماسية من ربح مالم يضمن الخ) أقول لزوم ربح مالم يضمن في الشركة إذا كان الشراء بالتقدين في غاية الظهور وعلى مذهب مالك فان عنده يلزم في المضاربة إذا كان رأس المال بأحد التقدين ربح مالم يضمن كلابيحي على التأمل في دليله فلا بد له من الفرق ولم يعلم فليست الفرق هو أنه لا بد عنده من الخلط فلا يؤدي إليه وفيه تأمل

فإن المال غير مضمون على المضارب فكان ما حصل من الربح مال غير مضمون فلا يستحقه رب المال لأنه لم يعمل في ذلك الربح فلا تخرج  
 الا فيما ورد الشرع به وهو الدراهم والدنانير وأما في الشركة فإن كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوى فيه العروض  
 والنقود كالوعد ل كل واحد منهما في مال نفسه من غير شركة فتصح (قوله ولأنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن) وبيان ذلك أن الرجلين إذا عقدا  
 الشركة في العروض ثم باع أحدهما رأس ماله باضعاف قيمته وباع الآخر بمثل قيمته وصحت الشركة كأنهما شريكين في الربح الذي حصل  
 في مبيع أحدهما فخذ الذي باع رأس ماله بمثل قيمته من (١٥) مال صاحبه فيكون ذلك المال ربح مالم يضمن ولم يملك وذلك

فيقتصر على مورد الشرع ولأنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن لأنه إذا باع كل واحد منهما رأس ماله  
 وتفاضل الثمن فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح مالم يملك ومالم يضمن بخلاف الدراهم  
 والدنانير لأن ثمن ما يشتريه في ذمته أدهى لاتعين فكان ربح ما يضمن ولأن أول التصرف في العروض  
 البيع وفي النقود الشراء وبيع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكاً في غنمه لا يجوز وشراء أحدهما  
 شيئاً ماله على أن يكون المبيع بينهما وبين غيره جائز وأما الفلوس النافقة فلا تخرج رواج الأثمان  
 فالتحقق بها فإذها هذا قول محمد لأنهم ملحقون بالنقود عند حقه لاتعين بالتعين ولا يجوز بيع اثنين  
 بواحد بأعيانها على ما عرف أماعند أبي حنيفة وأبي يوسف رجها الله تعالى لا تجوز الشركة والمضاربة  
 بهما لأن غنمتهما تبدل ساعة فساعة وتصير سلعة

فإن المال غير مضمون على المضارب ويستحق ربحه (فيقتصر على مورد الشرع ولنا أن رأس  
 مال الشركة) في العروض والمكيل والموزون (يؤدي إلى ربح مالم يضمن) لأنه إذا باع كل منهما عرضة  
 وافترق تفاضل الثمنين (فما يستحقه أحدهما من الزيادة على حصة رأس ماله) الذي هو ثمن عرضه (ربح  
 مالم يملك) ولم يضمنه (بخلاف النقود) فإن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في الشراء بماله وما يشتريه كل  
 منهما لا يتعلق برأس المال لعدم التعين فيكون واجباً في ذمته فربحه ربح مالم يضمنه فإن قيل هذا  
 لا يلزم لأنه يشترط خلط العرضين لا اتحاد جنسهما مكيلين أو موزونين أو غيرهما متحدى القيمة ككتاب  
 الكرابس من بابه واحدة قلنا الخلط لا يوجب الاشتراك في كل ثوب وحنة مثلاً فإذا باع أحدهما في وقت  
 طلوع الشمس ذلك لم يعلم أن عدده ما يبيع من الآخر أو قبضه المشتري مقدماً أو يان بل الظاهر أنهما  
 متفاوتان فيه يلزم اختصاص أحدهما بزيادة ربح الزيادة ملكه والخلص عنه ليس إلا بضبط قدره ملكه  
 وهو مجهول فقد أدى إلى تعذر الوصول إلى قدر حقه وربح الآخر مالم يضمن ولأن القيمة لا تعرف  
 إلا بالجزء والظن ولا يقيدان العلم بالقيمة فيؤدي إلى المنازعة فيه وهذا الغم يلزم لو اعتبر رأس المال قيمة  
 العروض أما إذا كان هو نفس العروض من جنس واحد متحدة القيمة وقت العقد وقد خلطاه فيه  
 فلا تنازع فيهم إلا لزم ربح مالم يضمن وتعذر ما يدفعه (ولأن أول التصرف في العروض البيع وفي النقود  
 الشراء وبيع الإنسان ماله على أن يكون الآخر شريكاً في غنمه لا يجوز وشراءه شيئاً ماله على أن يكون  
 الآخر شريكاً فيه يجوز) وعلمت أن الخلط لا يفتي ذلك (وجه قول محمد أن الفلوس إذا كانت نافقة تروج  
 رواج الأثمان فالتحقق بها) ولا يحنيفة وأبي يوسف (أن غنمتهما تبدل ساعة فساعة) فإنها باصطلاح  
 الناس لا بالخلقة ففي كل ساعة تنتفي بانتفاء الخلقة وتصير غنماً بالاصطلاح القائم ولا يخفى أن هذا  
 الغم هو في الملاحظة أما في الخارج فهي غنم مستمر ما استمر الاصطلاح عليها ولذا قال الأسدي جاني الصحيح  
 إن عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل لأنها ما صارت غنماً باصطلاح الناس ولهذا واشترى

مالم يضمن ولم يملك وذلك  
 لا يجوز بخلاف الدراهم  
 والدنانير لأن ما يشتري كل  
 واحد منهما ما برأس المال  
 لا يتعلق به البيع بل يثبت  
 وجوب الثمن في الذمة إذ  
 الأثمان لاتعين بالأعيان  
 فلما كان الثمن واجبا عليهما  
 في ذمتهما كان الثمن والربح  
 الحاصل منه بينهما ضرورة  
 فكان الربح ربح مالم يضمن  
 ومعنى قوله (وتفاضل  
 الثمنين) أي فضل أحدهما  
 على الآخر كما ذكرنا وأما  
 تفاضلهما مع أمثال (قوله)  
 ولأن أول التصرف في  
 العروض دليل آخر وقد  
 قرر في النهاية على وجه  
 يحسمه إلى ربح مالم يضمن  
 وذلك لأنه قال لأن صحة  
 الشركة باعتبار الوكالة  
 ففي كل موضع لا تجوز  
 الوكالة بتلك الصفة لا تجوز  
 الشركة ومعنى هذا أن  
 الوكيل بالبيع يكون  
 أميناً فإذا شرط له جز من  
 الربح كان هذا ربح مالم يضمن  
 فأما الوكيل بالشراء فهو

سامن بالثمن في ذمته فإذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما قد ضمن وقوله (فألو هذا) أي جواز الشركة بالفلوس النافقة (قول محمد)  
 وقيد (بأعيانها) لتظهر غررة الخلاف فإنه لو باع فلسطين بواحد من الفلوس نسبة لا يجوز إلا بجماع المربك وأماعندهما فالوجود النسبة في  
 الجنس الواحد وأماعند محمد فلا هذا ولعل معنى الثمنية وأما إذا كانت بأعيانها فاعندهما يجوز وعند محمد لا يجوز وسيجي تمام البحث  
 فيه في كتاب البيوع إن شاء الله تعالى

(قوله فلا يستحقه رب المال) أقول وفيه بحث والصواب أن يقول فلا يستحقه المضارب والشارح إنما عدل عن هذا لأن بيان الفرق  
 بين المضاربة والشركة يتوقف عليه على ما قرره إلا أنه قرر من المطر إلى الميزاب فليست أملاً

قوله (والاول) يعني قول أبي يوسف مع أبي حنيفة (أقبس) لانهم لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينه كما ذكرنا متفقين أيضا في عدم جواز الشركة بالفلس وان كانت نافعة لان هذه المسئلة متبعية على تلك المسئلة لانهما جاز بيع الواحد بالآخرين في الفلس عند هذه المسئلة كان لفلس حكم العروض والعروض لا تصلح رأس مال الشركة وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله انه تصح المضاربة بها أي بالفلس النافعة قال (ولا تجوز) (١٦) بما سوى ذلك) كلامه واضح والمراد بقوله في الكتاب مختصر القدر

وروى عن أبي يوسف مثل قول محمد والاول أقبس وأظهر وعن أبي حنيفة صحة المضاربة بها قال (ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك الا أن يتعامل الناس بالتبر) والنفقة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب (وفي الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمقابل ذهب أو فضة) ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات وذكر في كتاب الصرف ان النفقة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينسخ العقد بهلا كما قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما وهذا الماعرف أنهم ما خلقا اثنين في الأصل الا ان الاول أصبح لانهم اوان خلقت للتجارة في الأصل لكن الثنية تختص بالضرب بالخصوص لان عند ذلك لا تصرف الى شيء آخر ظاهر الا أن يجري التعامل باستعمالهما فتنزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون غناو يصلح رأس المال ثم قوله ولا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما مخرج متاعه وعده وضيعته وان خلطاً ثم اشتركا فكذلك في قول أبي يوسف والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد تصح شركة العقد وغرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالكين واشتراط التفاضل في الربح

شأن بقاوس بعينهم لم تتعين تلك القباوس حتى لا يفسد العقد لهما كما قال المصنف (وروى عن أبي يوسف مثل قول محمد والاول أقبس وأظهر) لان قوله مع أبي حنيفة مستقر في بيع فلس بفلسين (وعن أبي حنيفة جواز المضاربة بها) وعلى ما ذكر من مبسوط الاستيعاب يجب أن يكون قول الكل الا أن على جواز الشركة والمضاربة بالفلس النافعة وعدم التعيين وعلى منع بيع فلس بفلسين كما ذكرهما يليه حيث قال (ولا تجوز الشركة بما وراء ذلك الا أن يتعامل الناس بها كالتيبر) وهو غير المصوغ (والنفقة) وهي القطعة المذابة منها ونقل المصنف اختلاف الرواية في ذلك رواية الجامع لا تكون المفاوضة بمقابل ذهب أو فضة ومراده التبر فعلى هذه التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس مال الشركات والمضاربات وذكر في كتاب الصرف ان النفقة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينسخ العقد بهلا كما قبل التسليم فعلى هذا تصلح رأس مال فيهما وهذا الماعرف أنهم ما خلقا اثنين ثم قال (الا أن الاول أصبح) يعني دراية لانهم ما انما خلقا للتجارة (لكن الثنية تختص بالضرب بالخصوص) فخرج ضربهما احلياً فانما تتعين البنية وينسخ العقد بهلا كما قبل التسليم ولم يجز التعامل بهما ثم قال (الا أن يجري التعامل بهما) أي بالتبر والنفقة استثناء من قوله أصبح وهو كونهما لا تصح الشركة بهما فكان الثابت أنهم اذا تعاملوا بقطع الذهب والفضة صلحت رأس مال في الشركة والمضاربة ثم قال المصنف قوله أي القدر وروى (لا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه) بيننا (قبل الخلط) لانها عروض محضة (لكل منهما متاعه وعليه وضيعته) ويختص بربحه (وكذا ان خلطاً ثم اشتركا عند أبي يوسف) أي لكل منهما متاعه يخصه بربحه ووضيعته لا تنفص الشركة العقد والوضيعه خسارة التاجر يقال منه مبنياً للفعول وضع التاجر وكس في سلعته بوضع وضيعه أي خسر وقال قوم من العرب وضع بوضع كوجل بوجل (وعند محمد رحمه الله تصح شركة عقد) اذا كان الخلط حذفاً واحداً (وغرة الاختلاف تظهر في اشتراط التفاضل في الربح) فعند أبي يوسف لا يصح وعند محمد يلزم

بوجه الله (قوله تصلح رأس المال فيهما) أي في الشركة والمضاربة (قوله وهذا لما عرف) إشارة الى ان النفقة لا تتعين بالتعيين لاهيما) أي الذهب والفضة (قوله الا ان الاول) يعني رواية الجامع الصغير (أصبح) وجعل ذلك في المبسوط فظاهر الرواية (قوله لانها) أي لان مناقيل الذهب والفضة (قوله الا أن يجري التعامل باستعمالهما) استثناء من قوله الا ان الاول أصبح يعني ان عدم جواز الشركة بمقابل الذهب والفضة أصبح الاعتد بربان التعامل باستعمالهما فينفذ تجوز الشركة بهما كما قبل الاول أن يجعل استثناء من قوله لكن الثنية تختص بالضرب بالخصوص بدلالة السياق (قوله ولا خلاف فيه) أي في عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون قبل الخلط فيما بناو ان خلطاً ثم اشتركا كفضية الاختلاف المذكور في الكتاب وغرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالكين واشتراط

التفاضل في الربح فعند أبي يوسف لا يستحق زيادة الربح بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وقول وعند محمد رحمه الله الربح بينهما على ما شرط

قال المصنف (مراده التبر) أقول قال في الكافي التبر هو ما كان غير مضروب من الذهب والفضة اهـ لكن اذا قوبل بالنقد يراد به الذهب الغير المضروب (قوله بدلالة السياق) أقول ولانه أقرب



فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف (لأنه أي المذكور من المكيل والموزون والعددي المتقارب) يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله) وهو ظاهر بشرط جواز الشركة أن لا يكون رأس المال مما يتعين بالتعيين لئلا يلزم ربح مالم يضمن (ووجه قول محمد أنها أي المكيل والموزون والعددي المتقارب) فمن وجه حتى جاز البيع بهادينا في الذمة ومبيع) من وجه (من حيث أنه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحالين) يعني الخلط وعدمه فلهما ما مالم يبيع قلنا لا تجوز (١٧) الشركة بهما قبل الخلط ولشبههما بالثمن قلنا

تجوز الشركة بهما بعد الخلط وهذا لأن إضافة العقد إليها تضعف باعتبار الشبهين فيتوقف ثبوتها على ما يقويها وهو الخلط لأن الخلط ثبتت شركة الملك فتأكد كدبه شركة العدة لا محالة بخلاف العروض لأنها ليست غنما بحال فلاؤها خلفا حنسا كالخطة والشعر والزيت والسمن فخلط لا تنعقد الشركة بهما بالاتفاق فمحمد يحتاج إلى القسرق وهو ما ذكره إن الخلط من جنس واحد من ذوات الامثال حتى أن من أتلفه يضمن مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فتزول الجهالة ومن جنسين من ذوات القيم فإن من أتلفه يضمن قيمته وإذا كان من ذوات القسم كان بمنزلة العروض فتمكن الجهالة كما في العروض وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد ينشأ في كتاب القضاء أي قضاء الجامع الصغير وأما في هذا الكتاب فقد بينه في كتاب الوديعة والدليل على أن مراده قضاء الجامع الصغير

فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف رحمه الله لأنه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد أنه من وجه حتى جاز البيع بهادينا في الذمة ومبيع من حيث أنه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحالين بخلاف العروض لأنها ليست غنما بحال ولو اختلفا جندا كالخطة والشعر والزيت والسمن فخلط لا تنعقد الشركة بهما بالاتفاق والفرق لمجدان المخالط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتمت. لكن الجهالة كما في العروض وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد ينشأ في كتاب القضاء (وقول أبو يوسف هو ظاهر الرواية) عن أبي حنيفة لأنه يتعين بالتعيين فكان عرضا محضا فلا يصح رأس ماله ما لا يصح رأس مال الشركة لا يختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه كما أن ما يصح من التقود لا يختلف في الخلط وعدمه وهذا لأن المانع قبل الخلط هو كونه يؤدي إلى ربح مالم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد نورا لأن المخالط لا يكون الامتعينا فتمتقرر المعنى المفسد فكيف يكون مصححا للعقد (قوله ولمحمد رحمه الله أنها) أي المكيل والموزون والعددي المتقارب (عروض من وجه حتى يتعين بالتعيين ثمن من وجه حتى يصح الشراء بهادينا في الذمة) وهو من حكم الاغنام (فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحالين) وهما الخلط وعدمه بشبه العرض قبل الخلط فلا تجوز الشركة بهما قبله ويشبهه الثمن بعد الخلط فتجوز الشركة بهما بعده وهذا لأن الخلط ثبتت شركة الملك فتمت كدبه شركة العقد (بخلاف العروض) المحضة (فإنها ليست غنما بحال) وظاهر الرواية هو الاظهر وجهها لأن المكيل والموزون قبل الخلط ليس شيئا غير العرض له شبه به بل هو عرض محض وازداد في العرضية في الجملة وكون الشيء متاهلا في حقيقة وله شبهة بأخرى لا يقال له شبهان وغايته أن الثبوت في الذمة عرض عام لحقيقة تتين مختلفتين والمفسد وهو ربح مالم يضمن لا يمتثل بالخلط والالزم قول مالك وقد بيناه ولو كان المخالط له ما جنسين كالخطة والشعر والزيت والسمن ثم عقدا لا تجوز الشركة بالاتفاق (والفرق لمحمد) بين العقد بعد صحة الخلط في تتفق الجنس حيث لا يجوز والمختلفين حيث لا يجوز (أن ما كان من جنس واحد من ذوات الامثال) حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل منهما وقت القسمة باعتبار المثل (والمخالط من جنسين من ذوات القيم) حتى يلزم متلفه قيمته (فتمكن الجهالة) لأنه لا يمكن أن يصل كل منهما إلى غير حقه من رأس المال وقت القسمة (كما في العروض) (قوله فحكم الخلط قد ينشأ في كتاب القضاء) قيل أراد قضاء الجامع الصغير ولم يتفق في هذا الكتاب ويمكن تأويله أنه بينه في غيره إلا أنه بخلاف المعتاد من المصنفين في اطلاق هذه العبارة والحاصل أن الخلط تعديا يضمن نصيب المخالط ماله إذا خلطه بنفسه أو بجنس آخر من جنسه ولا يتميز كشير رجس خلطه بزيت غيره أو يتميز بعسر كخطة خلطها بشعر لأنه انقطع حتى مال كها بهما هذا الخلط فإن هذا الخلط استهلاك بخلاف ما يتسمر معه كخلط السود بالبيض من الدراهم ليس موجبا للضمان لأنه يتمكن المالك من الوصول إلى عين ملكه وحيث وجب الضمان يجب على الخلط سواء كان أجنبيا عن المخالط ماله كغير المودع وغيره من في عياله كبيرا كان أو صغيرا أو كان في عياله فإن لم يظفر بالخالط فقال أحد المالكين أنا أخذ المخالط وأعطى صاحبي مثل ما كان له فرضي صاحبه جاز لأن الحق لهم فإذا رضيا بذلك صح وإن أبي يباع المخالط ويقسم

(٣ فتح القدر - خامس) قوله قد بيناه بلفظ الماضي يعني ولو كان مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب لقال من بينه والذي بينه هنا في كتاب الوديعة أن الخطة إذا كانت وديعة عند رجل فخلطها الرجل بشعر نفسه ينقطع حق المالك إلى الضمان (قوله حتى جاز البيع الخ) أقول ويلزم ربح مالم يضمن إذا باع أحدهما حصته بنصف ما باع به الآخر فليأمل (قوله وهذا لأن ادعاءه العقد) أقول أي عقد الشركة (قوله فيتوقف ثبوتها على ما يقويها) أقول فيتوقف على ثبوتها

قال (واذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهم ما ينصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدوا الشركة)

الذين بينهم على قيمة الخطة والشعر على ما يذكر وهو ان يضرب صاحب الخطة بقيمة الخطة بالشعر  
وصاحب الشعر بقيمة غير مخلوط بالخطة لان الخطة تنقص باختلاطها بالشعر وقد دخلت في  
البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمة الا بالصفة التي بيعت بها والشعر يزداد قيمة بالاختلاط لكن عند  
الزيادة من مال صاحب الخطة فلا يستحق أن يضرب به اختلاطاً فلهذا يضرب بقيمة الشعر غير مخلوط  
قبل هذا الجواب انما يستقيم على قول أبي يوسف ومحمد ورواية الحسن عن أبي حنيفة ان ملك المالك  
لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين تضمين المخلوط فأما على ما هو ظاهر مذهبه  
المخلوط ملك للخالط وحقه ما في ذمته فلا يباع ماله في دينه مالم يات به من الخرج عليه أبو حنيفة لا يرى ذلك  
والاصح أنه قولهم جميعاً لان ملكهما وان انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق ما لم يصل كل منهما الى  
بدل ملكه ولهذا لا يباح للخالط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان فبقاء حقه ما يكون له ما أن  
يستوفى حقه من المخلوط إما صلحاً بالتراضي أو بيعاً وقسمة الثمن وان انقطع على الخلط ورضيابه وهو  
جنس واحد مكمل أو موزون صار عيناً مشتركة فإذا باعه انقسم على قدر ملك كل منهما ما ولو كان المخلوط  
غير مثلي كالتياب فباعا عابثين واحداً قسمه على قيمة متاع كل منهما ما يوزن بآءه لان كلاهما بائع للملك  
والثمن بمقابله جميع ما دخل في العقد من العرض فيقسم عليه ما باعتار القيمة وان كانا جنسين مثلين  
فالثمن بينهما ما اذا باع على قدر قيمة متاع كل منهما ما يوزن خلطاً بالمخلوط لان الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة  
ملك كل منهما وملك كل منهما ما كان معلوماً بالقيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة لكن مخلوطان لم يزد  
بالخلط قيمة أحدهما لانه دخل في البيع بهذه الصفة فان كان أحدهما يزيد الخلط خيراً فانه يضرب  
بقيمه يوم يقتسمون غير مخلوط مثلاً قيمة الشعر يزداد اذا خلط بالخطة وقيمة الخطة تنقص فصاحب  
الشعر يضرب بقيمته غير مخلوط لان ذلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب  
به معه وصاحب الخطة يضرب بقيمته بمخلوطه بالشعر لان النقصان حاصل بعمل هو راض به وهو الخلط  
وقيمة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب الا بذلك القدر وقد طعن عيسى رجه الله في الفصلين جميعاً  
فقال قوله في الفصل الاول انه تعتبر قيمته يوم خلطه وفي الفصل الثاني يوم يقتسمون غلط بل الصحيح  
يقسم الثمن على قيمة كل منهما ما يوم البيع لان استحقاق الثمن به وصار كما لو لم يخلطه وباعا الكل جملة  
فان قسمة الثمن على القيمة تكون وقت البيع الا أن تكون قيمته يوم البيع ويوم الخلط والقيمة سواء  
ورده شمس الأئمة بان معرفة قيمة الشيء بالرجوع الى قيمة مثله في الاسواق وليس للمخلوط مثل يباع  
فيها حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل منهما ما وقت البيع فاذا تعذر هذا وجب المصير الى التقويم في وقت  
يمكن معرفة قيمة ملك كل منهما ما كما في جارية مشتركة بين اثنين أعنت أحدهما ما في بطنها فهو ضمان  
لقسمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر معرفتها وقت العتق فيصار الى تقويمه في أول الاوقات التي يمكن  
معرفة القيمة فيها وهو ما بعد الولادة فكذلك اذا صار الى معرفة قيمة كل في أول اوقات الامكان وهو  
عند الخلط الا انه اذا علم أن الخلط يزيد في مال أحدهما وينقص في مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن  
على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك أحدهما ونقصان الآخر فاعتبرت القيمة وقت القسمة  
باعتبار ان عند الخلط ملك كل منهما من ذوات الامثال فيجعل حق كل منهما ما يوم الخلط كالباقي في  
المثل الى وقت القسمة فينقسم الثمن على ما هو حق كل منهما ما بخلاف ما اذا لم يخلط لان تقويم ملك كل  
منهما ما وقت البيع هناك يمكن فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهما ما وقت البيع (قوله) واذا أراد الشركة  
في العروض باع كل منهما ما نصف عرضه بنصف عرض الآخر فتصير شركة ملك ثم عقدوا الشركة

قال (واذا أراد الشركة  
بالعروض) لما كان جواز  
عقد الشركة منحصراً في  
الدراهم والدنانير والفلس  
النافقة وفي ذلك تضيق  
على الناس ذكر الحيلة في  
تجوز العقد بالعروض  
توسعة على الناس فقال (واذا  
أراد الشركة بالعروض  
باع كل واحد منهم نصف  
ماله بنصف مال الآخر ثم عقدوا  
الشركة) لانه اذا باع كل  
واحد منهم ما نصف ماله  
بنصف مال الآخر صار نصف  
مال كل واحد منهم مضموناً  
على الآخر بالثمن فكان  
الربح الحاصل ربح مال  
مضمون فيكون العقد  
صحياً

قال المصنف رحمه الله (وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال شركة) واستشكله الشارحون بأنه لو كان المراد بالشركة شركة الملك لم يمتنع الى قوله ثم عقد الشركة وبان العروض لا تصلح رأس مال الشركة اذ لم يبيع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر أما اذا باع في الحيلة في جوازها ثم أجاب بعضهم بأن معنى قوله ثم عقد الشركة عقد شركة ملك حتى يصح قوله وهذه شركة ملك وهو بعيد لان عرض القدوري رحمه الله ببيان الحيلة في تجوز عقد الشركة بالعروض وقال آخرون معناه انهم اشركوا ملكا وان عقد الشركة لان هذا العقد كالعقد لكون رأس المال عرضا ونظم كلام المصنف لا يساعده وأنا ذكرنا ما ذكره شيخنا شحني العلامة عبد العزيز في هذه المقام من غير زيادة ولا نقصان لانه حل مفيد في هذا المعنى قال عدم جواز الشركة بالعروض مبنى على معنيين أحدهما ربح مالم يضمن كائنا والثاني جهالة رأس المال فاذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقد الشركة قال القدوري يجوز واختاره شيخ الاسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي والمزني من أصحاب الشافعي رحمه الله لان رأس المال ما ربحا وما صار نصف مال كل منهما بالبيع مضمونا على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من ماله ما ربح مضمون عليهم ما فيجوز ولهذا لو باع أحدهما ما عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم عقد شركة عنان أو مفاوضة يجوز لوال الجهالة التصير ورقة العروض مشتركة بينهما فكذا هذا وقيل على قياس قول محمد رحمه الله يجوز كافي المكمل والموزون بعد الخلط وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز إلا ان يكون مضافا الى المستقبل وعقد الشركة محتمل الاضافة لانه عقد توكيل فعلى هذا يكون العقد على الدراهم واختاره شمس الأئمة السرخسي وصاحب الهداية انه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو أقرب الى الفقه لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة بخلاف المكمل والموزون بعد الخلط عند محمد لوال الجهالة أصلا لانهم من ذوات الامثال وبخلاف ما اذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لان الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما ما فيكون ذلك رأس مالهما ثم ثبت حكم الشركة في العروض تبعا وقد يدخل في العقد تبعا ما لا يجوز ايراد العقد عليه كبسع الشرب تبعا للارض ثم المصنف اختار عدم الجواز وعدل عما ذكره القدوري فقال وهذه شركة ملك عندي لان ما ذكره القدوري أنه شركة عقد ولا اعتبار بهذا العقد بعد البيع

مال الشركة ونظيره ما ذكره القدوري ويستحب للتوضي أن ينوي الطهارة ثم عدل المصنف بقوله والنمسة في الوضوء سنة وله في هذا الكتاب

قال (وهذه شركة ملك) لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة وتأويله اذا كان قيمة متاعهما على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة مفاوضة أو عنانا فقبل هذا على قياس قول محمد في المكمل والموزون وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز

انظر كثيرة وقوله (يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة) نظيره ما اذا كان قيمة عروض أحدهما أربع مائة درهم مثالا لقيمة عروض الآخر مائة درهم يبيع صاحب الاقل أربعة أخماس عرضه بخمسة عرض الآخر فيصير المتاع كله أختاسا ويكون الربح بينهما على قدر رأس مالهما والله أعلم

و (قوله أن العروض لا تصلح الخ) أقول تأمل في هذا العطف (قوله وقال آخرون) أقول أراد صاحب الكافي (قوله ونظم كلام المصنف لا يساعده) أقول فيه بحث فان مراد ذلك القائل أيضا ان المصنف لم يقبل كلام القدوري وسيشير الشارح اليه أيضا في آخر كلامه (قوله وأنا ذكرنا ما ذكره شيخنا شحني العلامة عبد العزيز الخ) أقول شيخ الشارح هو الامام العلامة قوام الدين الكاكي صاحب معراج الدراية في شرح الهداية وشيخه هو الامام مولا عبد العزيز البخاري صاحب كشف البزدوى (قوله والثاني جهالة رأس المال) أقول كما يدل عليه قول المصنف فتتمكن الجهالة كافي العروض (قوله وصاحب شرح الطحاوي) أقول أراد به الامام أبا بكر الرازي المعروف بالخصاص فانه قال في شرحه لمختصر الطحاوي قال محمد ان أراد الشركة في العروض باع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عروض الآخر وتقابضا حتى يصير ذلك كله بينهما ثم يشتركان بعد ذلك فتكون الشركة جائزة قال ولو اشتركا هكذا مفاوضة حازحكي ذلك أبو الحسن ثم قال أبو بكر الرازي وانما جازت لانهم متساويان في المال شريكان فيها ولا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة لان جميع ما يحتمل من الثمن يكون بينهما نصفين الى هنا لفظ أبي بكر نقله الاتقاني عنه اذا علمت هذا علمت أن قوله وهو أقرب الى الفقه لبقاء الجهالة منظورة فانه جهالة لا تقضي الى النزاع والمفسد العقود من الجهالات ما يفضي الى المنازعة وانما قلنا لا تقضي الى النزاع لانه لا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة ليحصل رأس المال حتى يظهر الربح فيقتسمانه بخلاف الزيت والسمين المخلوطين فانه ما يتفاوتان في القيمة فيؤدي الى النزاع حين القسمة لتحصيل رأس المال وعليك بالتأمل الصادق (قوله على صاحبه بالثمن) أقول الذي هو نصف مال صاحبه (قوله وكان الربح الحاصل الخ) أقول الظاهر أنه يلزم هنا أيضا ربح مالم يضمن اذا باع أحدهما ما يخصه من الملك بما تمثلا والاخر بمائة فان جهة الآخر غير مضمون على الاول مع أنه يكون شريكا معه في المائة فليتأمل

قال (وأما شركة العنان فتتعد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع بر أو طعام أو يشتر كان في عموم التجارات ولا يذكر ان الكفالة) وان عقاده على الوكالة للتحقق مقصوده كما بيناه ولا تتعد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعراض يقال عني له أي عرض وهذا لا يني عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ (ويصح التفاضل في المال) للعاجه اليه وليس من قضية اللفظ المساواة

الا أن تكون مضافة الى حال بيعه ما العروض بالدرهم فانه يجوز لانه حينئذ مضاف الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة لانه عقد فويل فاما يثبت العقد بالدرهم والحق أن جواز هذا لا يختص بقول واحد منهما وقد تواردت كلمة أهل المذهب عليه وهذا لان المانع من كون رأس مال الشركة عروضاً كل من أمرين لزوم ربح ما لم يضمن وجهالة رأس مال كل منهما عند القسمة وكل منهما متنفذ فيكون كل ما ربحه أحدهما ما هو مضمون عليه ولا تحصل جهالة في رأس مال كل منهما لانه لا يحتاج الى تعريف رأس مال كل منهما عند القسمة حتى يكون ذلك بالحزب فتقع الجهالة لانهما مستويان في المال شريكان فيه فبالضرورة يكون كل ما يحصل من الثمن بينهما نصفان وعلى هذا فقول المصنف وهذه شركة ملك مشكل ومن المشايخ من حزم بأنه قصد الى الخلاف حقيقة اختياراً منه لعدم الجواز وان لم يضعه على طريقة الخلاف كما قال القدوري أول الكتاب ويستحب للتوضي أن ينوي الطهارة فقال المصنف والنية في الوضوء سنة ولم يضع الخلاف وضعه المعروف وإذا اختار شمس الأئمة السرخسي عدم جواز الشركة لبقا جهالة رأس المال والربح عند القسمة ولا يخفى ضعف هذا وفسادها بالعروض ليس لذات العروض بل للآزم الباطل وعلمت انه متنفذ (قوله وأما شركة العنان فتتعد على الوكالة دون الكفالة) وهو ان يشترك اثنان في نوع من التجارات بر أو طعام أو يشتركا في عموم التجارات ولا يذكر ان الكفالة) لانها خاصة بالمفاوضة وعلى هذا فلا بد كراها وكانت باقي شروطها متوفرة انعقدت مفاوضة لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد ذكر جميع مقتضياتها وان لم تكن متوفرة ينبغي ان تنعقد عينا ثم هل تبطل الكفالة يمكن ان يقال تبطل لان العنان معتبر فيها عدم الكفالة ويمكن ان يقال لا تبطل لان المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها فصح عينا ثم كفاية كل الاخر زيادة على نفس الشركة أي كما أنها تكون عينا مع عموم باعتبار ان الثابت فيها عدم اعتبار العموم لا اعتبار عدم العموم الا أن الاول قد يرجح بان هذه الكفالة لجهول فلا تصح الا ضماناً لم تكن مما تضمنها الشركة لم يكن ثبوتها الا قصداً فلا تصح بخلاف ما لو عقد المفاوضة بغير لفظ المفاوضة بأذ كرا كل مقتضياتها فان منها الكفالة وتصح فان هذا التفصيل بمنزلة الاسم المركب المرادف للفرد الداخل في مفهومه الكفالة بخلاف العنان ليس المفرد معتبر في مفهومه الكفالة (قوله من عنى كذا) أي عرض قال امرؤ القيس

فمن لناسرب كان نعاجه عذاري دوار في ملاء مذيل

أي اعترض لناسرب أي قطيع يريد من بقرة الوحش كان نعاجه عذاري أي أبكار دوار وهو اسم صنم كانت العرب تنصبه وتدور حوله وهو بضم الدال وفتحها وقوله في ملاء تشبيهه لنعاجه البقرة في استرخاء لجهال السمن بالعداري والملاء المذيل أي الطويلات الذيل وهذا الاستتقاق لا يقتضي المساواة بل عروض عرض تعلق بقدر من الاختلاط قليلاً وكثيره وعمومه وقيل ماخوذ من عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائي والاصمعي فانه جعل كل منهما عنان التصرف في بعض ماله لرفيقه وبعضه لنفسه أو لانه يجوز تفاوتهما في المال والربح كما يتفاوت العنان في كف الفارس طولاً وقصر في حالتي الارخاء وضده الآله

قال (وأما شركة العنان) هذا عطف على قوله في أول كتاب الشركة فأما شركة المفاوضة والعنان مأخوذ من عن اذا عرض سمي به لانه شيء يعرض في هذا القدر لا على عموم الوكالة والكفالة وقيل انه مأخوذ من عنان الفرس لان الفارس يمسك العنان باحدى يديه ويتصرف بالآخرى فكذلك العنبر بك هنا شارك في بعض ماله وانفرد بالباقي وكلامه ظاهر وقوله (كما بيناه) اشارة الى قوله من قبل وشرطه ان يكون للتصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه

قال المصنف (أو يشتركان الخ) أقول قال الانتقائي عطف على سبيل القطع تقديره أو هما يشتركان انتهى وقد تهمل أن المصدرية تشبهها بما المصدرية وعليه قوله تعالى لمن أراد أن يتم الرضاعة فممن قرأ برفع يتم قال المصنف (وحكم التصرف لا يثبت الخ) أقول فيه بحث الا أن يقال المراد لا يثبت بلا دليل بخارج ولم يوجد



ويصح أن يتساوى في المال ويتفاضل في الربح ووجه القول في ذلك أنهم ما شرطوا العمل عليهم ما شرطوا التفاوت في الربح مع التساوي في رأس المال جازع عند علمائنا الثلاثة ويكون الربح بينهما على ما شرطوا أن عمل أحدهما دون الآخر وأما ما شرطوا العمل على أحدهما فإن شرطوا الربح بينهما على قدر رأس مالهما جازع ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضعته وإن شرطوا الربح للعامل أكثر من رأس ماله جازع أيضا على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ولو شرطوا الربح للدافع أكثر من رأس ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهم ما ربح ماله والوضعية بينهما على قدر رأس مالهما أبدا (قوله وهو قول زفر والشافعي) واضح (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرط العاقدان والوضعية على قدر المال) رواه أصحابنا في كتبهم عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه (قوله من غير فصل) يعني بين (٣١) التفاضل والتساوي (قوله كما في المضاربة) اعترض عليه بأنه إذا سلمت

(ويصح أن يتساوى في المال ويتفاضل في الربح) وقال زفر والشافعي لا يجوز لأن التفاضل فيه يؤدي إلى الربح ما لم يضمن فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثا فمما صاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان إذا الضمان بقدر رأس المال ولأن الشركة عندهما في الربح للشركة في الأصل ولهذا اشترط أن الخلط فصار ربح المال بمنزلة غناء الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرطوا والوضعية على قدر المالين ولم يفصل ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فست الحاجة إلى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما لأنه يخرج العقدة من الشركة ومن المضاربة أيضا إلى قرض بأشترطه للعامل أو إلى بضاعة بأشترطه لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسماء وعملاتها فسمي عملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان ويشبه الشركة حتى لا تبطل بأشترط العمل عليها

اشتقاق غير صحيح إلا فيما سمع ولا بد منه كما في استعجر الطين وأمثاله (قوله ويصح أن يتساوى في رأس المال ويتفاضل في الربح) وعكسه بأن يتفاضل في رأس المال ويتساوى في الربح وهو قول أحمد وقال مالك والشافعي وزفر لا يجوز وقوله ويتفاضل لا الخ ليس على إطلاقه بل ذلك فيما إذا شرطوا العمل عليهما سواء عملا أو عمل أحدهما أو شرطاه على من شرط له زيادة الربح وإن شرطوا العمل على أقلهما بما لا يجوز وجه قول الثلاثة أن ذلك يؤدي إلى الربح ما لم يضمن لأن استحقاق أحدهما للتكثير الزيادة بلا ضمان لأن الضمان بقدر رأس المال وصار كالوضعية فإنها لا تكون إلا على قدر رأس المال اعتبارا بالربح بالخسران (ولنا) ما ذكر المشايخ من (قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرطوا والوضعية على قدر المالين) ولم يعرف في كتب الحديث وبعض المشايخ ينسبه إلى علي رضي الله عنه (ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فست الحاجة إلى التفاضل) (و) رأينا (هذا العقد) أي شركة العنان (يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال) غيره وهو (الشريك) ويسمى ربحه (ويشبه شركة المقايضة اسماء وعملاتها فسمي عملان فعملنا بشبه المضاربة) في اشتراط الزيادة لأحدهما وهو الذي شرط عمله منفردا أو مع الآخرون كان ربحا بلا ضمان وبشبهه المقايضة حتى أجزأنا شرط العمل عليهما وكون المضاربة تنفسد بأشترط العمل

لأنه إن شرط الجميع للعامل صار قرضا وإن شرط لرب المال صار بضاعة وهذا العقد لا يجوز أن يخرج عنهما لأنه يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة أي شركة المقايضة اسماء وعملاتها فسمي عملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان فإن اشتراط زيادة الربح موجود في المضاربة وهو جائز مع ذلك بالإجماع وهذا يتضمن الجواب عن قولهما أن اشتراط زيادة الربح لأحدهما يؤدي إلى الربح ما لم يضمن وعملنا بشبه الشركة حتى لا يبطل بأشترط العمل عليهما

(قوله ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة) أقول يعني لا شركة (قوله ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة) أقول يعني لا شركة قال المصنف (إذا الضمان بقدر رأس المال) أقول هذا ممنوع وقد سبق بعض التفصيل قال المصنف (فعملنا بشبه المضاربة) أقول قال الاتفاقية ههنا جواب لقول زفر والشافعي إن التفاضل في الربح مع تساوي المال يؤدي إلى الربح ما لم يضمن بعد التسليم وإنما قال بعد التسليم لأنه يبين في أوائل الفصل عدم لزوم ربح ما لم يضمن

اعترض عليه بأنه إذا سلمت هذا العقد بالمضاربة صار في التقدير كأنه قال عمل في مالك وزججه لك واعمل في مالي وزججه بيئنا وفي المضاربة إذا شرط عمل رب المال فيها يبطل العقد وقد جوزتم هذه الشركة وأن شرط عملهما وأجيب بأنه ليس هذا العقد مضاربة من كل وجه على ما سنده كرهاته يشبهها من وجه وما أشبه الشيء من وجه لا يلزم أن يأخذ حكمه من كل وجه وقوله (بخلاف اشتراط جميع الربح) جواب عما يقال إذا شرط جميع الربح لأحدهما لا يجوز فكذلك إذا شرط الفضل والجامع العدول بالربح عن التقسيط على قدر المال ووجه الجواب أن بشرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربة إلى قرض أو بضاعة

قال (ويجوز أن يعقدها كل واحد الخ) أي يجوز أن يعقد شركة العنان كل واحد منهم ببعض ماله دون البعض لأن المساواة في المال ليست بشرط فيه أي في هذا العقد إذا لفظ العنان لا يقتضيه أي لا يقتضي المساواة أو بل الاستواء بخلاف انظر المناوضة (قوله للوجه الذي ذكرناه) يعني ما ذكره في أول هذا الفصل أنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن وقوله (ويجوز أن يشتركا) ظاهر وقوله (فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله) يعني إذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه أو من مال الشركة إلا بقوله فعليه إقامة البينة فإن عجز عن ذلك فالقول بالصاحبه مع غيره (قوله (٣٣) فإذا هلك مال الشركة) ظاهر وقيد لو كاله بالمفردة احترازاً عن الوكالة الشائعة

في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فأنهما فيها تبطل ببطان ما تضمنه من الشركة والرهن لأن المتضمن يبطل ببطان المتضمن قبحاً وأما الوكالة المفردة كمن وكل رجلاً بشراء عبد ودفع إليه دراهم فهلكت فأنها لا تبطل وأما المضاربة فقد قال نحر الاسلام في شرح الزيادات بخلاف المضاربة والشركة فأنها تتعين حتى إذا هلك قبل التسليم بطلت المضاربة وهو مخالف لما ذكره المصنف أنهم لا تتعين فيها بالقبض فلهذا في المسئلة روايتين

(قوله يعني إذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه الخ) أقول وفي شرح الاتقاني ثم إذا كان لا يعرف أداء الثمن من مال نفسه لا من مال الشركة إلا بقوله والظاهر أن هذا هو الصحيح لأن مال الشركة أمانة في يده والقول للأمين مع آمين تأمل فإن مراد الشارح من مال الشركة هو مال نفسه الذي عقد عليه

قال (ويجوز أن يعقدها كل واحد منهم ببعض ماله دون البعض) لأن المساواة في المال ليست بشرط فيه إذا لفظ لا يقتضيه (ولا يصرح الإجماع) أن المساواة تصبح بالوجه الذي ذكرناه (ويجوز أن يشتركا ومن جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم وكذا من أحدهما دراهم وبض ومن الآخر سود) وقال زفر والشافعي لا يجوز وهذا بناء على اشتراط انطوط وعدمه فإن عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنبيته من بعد أن شاء الله تعالى قال (وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طوئاً بثمنه دون الآخر لمينا) أنه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل عدو الأصل في الحقوق قال (ثم يرجع على شريكه بحصته منه) معناه إذا أدى من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته فأنما تقدم من مال نفسه يرجع عليه فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله فعليه الخ لانه يدعي وجوب المال في ذمته الآخر وهو ينكر والقول للنكاح مع غيره (وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالكين قبل أن يشترى بأشياء بطلت الشركة) لأن المعقود عليه في عقد الشركة المال فإنه يتعين فيه كافي الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كافي البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما إذا هلك المالان

على رب المال لا يبطل اعتبار شريكها الآخر الذي باعتباره أجزأ الزيادة في الربح لأحدهما بخلاف ما لو شرط كل الربح لأحدهما فإنه لا يجوز لأن العقد حينئذ يخرج عن الشركة والمضاربة أيضاً إلى فرض أن شرط للعامل كاله أقرضه ماله فاستحق جميع ربحه وإلى بضاعة أن شرط لرب المال إلا أنه يرد ما تقدم من المضاربة على خلاف القياس فلا يقاس عليها فلا يعتبر شريكها الآخر يمنع ويقال بل الربح يستحق في الشرع تارة بالعمل وتارة بالمال والمشرط له الزيادة مشروط عمله وإن شرط عمل الآخر لكن قد يكون ذلك أحذق وأقوى الخ (قوله إذا لفظ) أي لفظ العنان (لا يقتضي المساواة) ولا يبنى عنه ليعتبر في مفهومه فلا جاز أن يعقدها كل ببعض ماله ويجوز إذا كان من جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم ويجوز بدراهم سود من جهة أحدهما وبض من جهة الآخر وإن تفاوتت قيمتهما والربح على ما شرط فيها تساوى أو تفاوتاً على قدر قيمة دراهمهما بشرطه الذي بيناه (قوله وإذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة) وكذا لو هلك أحد المالكين قبل الخلط وقبل الشراء بهلك من مال صاحبه وحده سواء هلك في يده ماله أو يد شريكه لانه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك عليهم لعدم التمييز فتبطل الشركة أما الأول فلأن مال كل واحد قبل الشراء وقبل الخلط باق على ملكه وأما بطلان الشركة (فلأن المعقود عليه عقد الشركة هو المال) المعين (لانه يتعين) بالتعيين في الشركة (والهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كافي البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لا يتعين المال فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض) حتى لو اشترى الوكيل بمثل ذلك المال في ذمته كان مشترياً بالوكالة حتى لو هلك المال بعد الشراء يرجع عليه بمثله أما لو هلك قبل الشراء فأنما

الشركة فكللامه صحيح أيضاً (قوله فأنهما تبطل الخ) أقول وإن لم يقبض المال (قوله كمن وكل رجلاً الخ) أقول بخلاف للشروح الأبرى إلى قول المصنف وانما يتعينان بالقبض ويمكن أن يجاب بأن الدفع قد يكون بلا قبض فإنه يوجد بالتخلية والوضع بين يديه صريح بذلك المصنف من كتاب الأقرار قال المصنف (بخلاف المضاربة) أقول قال للاتقاني فبطل لأن النقود تتعين في المضاربة والشركة جميعاً قبل القبض والتسليم حتى إذا هلك قبل التسليم بطلت انص عليه في الزيادات في باب من الوكالة بالشئ يكون على غير ما أمره انتهى قال الكل ولعل فيهما روايتين

(قوله لانه مريض بشركة صاحبه في ماله) أي الشريك الذي لم يملك ماله مريض بشركة صاحبه الذي هلك ماله الأعلى تقدير بقاء ماله  
بشركته في ماله كما يشترطه هو في مال هبنا (قوله وأيم ما هلك هلك من مال صاحبه) ظاهر وقوله (ثم الشركة شركة عقد عند  
محمد بخلاف الحسن بن زياد) فائدة تظهر في حق جواز بيع الكل فعند محمد أيم ما باعه جاز بيعه (٣٣)

لان الشركة قد تمت  
في المشتري فالتفتة  
بملاك المال بعد تمامها  
كالمالك كان الهلاك  
بعد الشراء بالمالين جميعا  
وعند الحسن بن زياد  
لا ينفذ بيع أحدهما  
الافي حصته لان شركة  
العقد قد بطلت بملك  
المال كما لو هلك قبلي  
الشراء بمال الآخر وانما  
بقي ما هو حكم الشراء  
وهو الملك فكانت شركتهما  
في المتاع شركة ملك  
(قوله وقد بيناه) اشارة  
الى قوله معناه اذا أدى  
من مال نفسه الخ (قوله  
أما اذا هلك مال أحدهما  
ثم اشترى الآخر)  
واضح (قوله لما بيناه) اشارة  
الى قوله لانه وكيل من جهته

وكذا اذا هلك أحدهما لانه مريض بشركة صاحبه في ماله الا لشركته في ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا  
بشركته في مال العقد لعدم فائدة وأيم ما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك في يده فظاهر وكذا اذا كان  
هالك في يد الآخر لانه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يملك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهالك  
من المالين (وان اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشتري بينهما على ما شرط)  
لان الملك حين وقع مشترك بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بملك مال الآخر بعد  
ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد بخلاف الحسن بن زياد حتى ان أيم ما باعه جاز بيعه لان الشركة قد  
غبت في المشتري فلا يفتقض بملك المال بعد تمامها قال (ويرجع على شريكه بحصة من ثمنه)  
لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا اذا اشترى أحدهما بأحد المالين أو لاثم  
هلك مال الآخر أما اذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر ان صرح جابوا كالة في عقد  
الشركة فالمشتري مشترك بينهما على ما شرط لان الشركة ان بطلت فالو كالة المصريح بها فاقامة فكان  
مشتركا بحكم الو كالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصة من الثمن

يبطل العقد لان الموكل لم يرض بكون الثمن دينافي ذمته فلا تبطل المضاربة والو كالة المفردة بملك  
المال واحتراز بالمفردة عن الو كالة الثابتة في ضمن الشركة فانها تبطل لان الشركة وهذا ظاهر فيما  
اذا هلك المالان (وكذا اذا هلك أحدهما لانه) أي الشريك الذي لم يملك ماله (لم يرض بشركة صاحبه  
في ماله الا لشركته) هو أيضا (في ماله) بتقدير بقاءه (فاذا فات ذلك) ظهر وقوع ما (لم يكن راضيا) به عند  
عقد الشركة (فيبطل العقد لعدم فائدة) وهي الاشتراك فيما يحصل (قوله فان اشترى أحدهما  
بماله) ثم هلك مال الآخر فالمشتري بينهما على ما شرط لان الملك حين وقع مشترك بينهما لقيام  
الشركة وقت الشراء لان الهالك لم يقع قبله ليطول فيختص المشتري بما اشتراه (فلا يتغير الحكم) أي  
حكم (الشركة بملك مال الآخر) ثم بعد ذلك (الواقعة في هذا المشتري بعد هلاك مال الآخر  
شركة عقد عند محمد بخلاف الحسن بن زياد رحمه الله) فانها شركة ملك عنده حتى لا ينفذ بيع أحدهما  
الافي نصيبه وجهه قوله ان شركة العقد بطلت بملك المال فصار كالمالك قبل الشراء بمال الآخر ولم  
يبق الا حكم ذلك الشراء وهو الملك فيلزم انفراد الملك لعدم ما يوجب زيادة عليه ولمحمد وعليه اقتصر  
المصنف ان هلك مال أحدهما اذا وقع بعد حصول المقصود بمال الآخر وهو الشراء بماله فلا يكون  
الهالك مبطلا لشركة العقد بينهما ما بعد تمامها كالمالك كان بعد الشراء بالمالين (واذا) وقع المشتري على  
الشركة (يرجع على شريكه بحصة من الثمن) لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد  
بيناه (قريبا) هذا اذا اشترى أحدهما بأحد المالين أو لاثم هلك مال الآخر أما اذا هلك مال أحدهما ثم  
اشترى الآخر (يعني الذي في يده المال) بالمال الآخر ان صرح جابوا كالة في عقد الشركة) بان قال عند  
عقد الشركة على ان ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشترك بينهما كذا صورته في المبسوط) فالمشتري  
مشترك بينهما على ما شرط لان الشركة ان بطلت فالو كالة المصريح بها فاقامة فتكون شركة ملك) وبهذا  
جمع في المبسوط بين المتناقض الواقع في جواب المسئلة حيث قال محمد رحمه الله في بعض المواضع فاشترى  
بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه وفي بعضها اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون بينهما  
فجعل شمل الاول اذا لم يسكن في الشركة وكالة مخرج بها ومجمل الثاني اذا صرح جابوا على ما ذكر

(قال المصنف خلافا  
للحسن بن زياد) أقول  
قال الاتقاني فان عنده  
شركة ملك فقط حتى  
لا ينفذ بيع أحدهما  
الافي نصيبه وجهه قول  
الحسن ان الشركة التي  
عقدها او فتعت بملك  
مال الآخر وانما بقي  
ما هو حكم الشراء وهو  
الملك فلم يجز لأحدهما

ان يتصرف في نصيب الآخر انتهى ويؤيد قول الحسن أن ادوام الامور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء فليتنامل في دفعه  
فان رأس المال لم ينعدم هنا للاحقية المشتري له بقاء (قوله لما بيناه اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته) (أقول والا فربما أن يجعل  
اشارة الى قوله أنف لانه اشترى نصفه بوكالته

(قوله وأنه بالخلط) أي الشركة في الأصل على تأويل الاشتراك (قوله وهذا إشارة إلى قوله لأن الربح فرع المال) يعني وأنما قلنا ان الربح فرع المال لأن المحل أي محل الشركة هو المال ولهذا يضاف اليه ويقال عقد شركة المال ويشترط تعيين رأس المال وما اعتبره التعيين الائتكون الشركة في الثمن مستندة إلى المال بخلاف المضاربة فإنها تصح بدون الخلط لأن البيت بشركة وانما هو عامل لرب المال فيستحق الربح عمالة على قدر عمله (قوله وهذا أصل كبير) إشارة إلى قوله لأن الربح فرع المال (قوله حتى يعتبر اتحاد الجنس) يعني بناء على أصلهم ذلك فإنه إذا كان رأس مال أحدهما دراهم والاخر دينارين تعد الشركة بينهما صحيفا عندنا خلافا لفرقوا الشافعي وكذلك ان كان رأس مال أحدهما بيضا والاخر سودا ولا يجوز شركة التقبل أي على قول زفر والشافعي لا فساد المال ولما ان الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال وكل ما هو مستند إليه هو الأصل أما انهم مستندة إلى العقد فلان العقد يسمى شركة لا المال فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه وأما ان كل ما هو مستند إليه فهو الأصل فلان المراد ان المستند إليه هو أن يكون غير مبنيا عليه وذلك (٣٤) حد الأصل وانما عبر عنه بهذه العبارة لأن الربح في الحقيقة يحصل من

التصرف والتصرف يحصل من العقد لأن كل واحد منهما يتصرف في الكل في بعضه بطريق الاصل وفي بعضه بطريق الوكالة فكان العقد آلة العلة وجاز أن يضاف الحكم إلى آلة العلة كما جاز أن يضاف إلى عين العلة وإذا كان الأصل هو العقد وهو موجود ثبت الحكم في الفرع وهو الربح وان لم يخلط المالان والدليل الثاني وهو قوله ولان الدراهم والدينارين لا تعينان كالشرح للدلائل الأولى فان قيل لو كان العقد هو الأصل دون المال لما بطلت الشركة به لانه المال قبل أن يشتري به شيئا لان هلاك المال وبقيته

لما يبيانه وان ذكرنا مجرد الشركة ولم ينص على الوكالة فيها كان المشتري الذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة فإذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة قال (وتجوز الشركة وان لم يخلط المال) وقال زفر والشافعي لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة في الأصل وأنه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لان البيت بشركة وانما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله أما هنا بخلافه وهذا أصل كبير لما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا تجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال ولما أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقيق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم والدينارين لا تعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه في النصف أصيل وفي النصف وكيل وإذا تحقققت الشركة في التصرف بدون الخلط

وقوله (لما يبيانه) يريد قوله لانه وكيل من جهته الخ (قوله وتجاوز الشركة وان لم يخلط المال) وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله تعالى الآن ما كاشرط أن يكون تحت يدهما بان يكون في حانوت أو في يد وكيلهما (وقال زفر والشافعي رحمه الله لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يكون الفرع على الشركة الا بالاصل على الشركة وأنه) أي الشركة في الأصل على معنى الاشتراك (بالخلط) لما سلف من أن معناها الاختلاط أو الخلط على ما حققناه فلا تتحقق شركة بلا خلط وقد اتفقنا على ان الاعتبار في كل عقد شرعي ما هو مقتضى اسمه قال المصنف (وهذا) أي كون الربح فرع المال (أصل كبير لهما) حتى تفرع عليه (اعتبار اتحاد الجنس) فلا تجوز الشركة اذا كان لاحدهما دراهم والاخر دينارين ولا اذا كان لاحدهما بيض والاخر سودا لعدم تحقق الخلط والاختلاط بحيث لا يتبرزا للاحدهما عن الآخر (ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال) لاختلاف الشركة في الأصل والفرع ولا شركة التقبل والاعمال لعدم المال (قوله ولما ان الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال)

اذا ذلك بمنزلة لكون الأصل هو العقد وقد وجد المال موجودا فلا يزال بعد ذلك يبقائه أوجب بأن بقاء الأصل شرط لوجود الفرع والأصل قد اتفقنا بشرطه وهو المحل فكذلك الفرع وإعترض أيضا بان المالين اذا لم يخلط بقباعا متميزين ولا شركة مع التمييز كما في العروض وأوجب بأن علة فساد الشركة في العروض ليست التمييز بل هي ما ذكرنا من الافضاء إلى ربح ما لم يضمن

(قوله وما اعتبره التعيين الائتكون الشركة في الثمن الخ) أقول الانسب للتفريع أن يقال الائتكون الثمرة مستندة إلى المال (قوله وكل ما هو مستند إليه فهو الأصل الخ) أقول كان الأظهر ان يقول وكل ما هو مستند إلى العقد فالعقد اصل له فقام له ثم قوله مستند إليه بفتح النون (قوله فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه) أقول وذلك لا يكون الا بعمل الشركة في الربح مستندة إليه وعلى ما قاله لا اجتماع في الشركة في الربح إلى العقد أصلا اذا الشركة في الملك الحاصلة في الخلط كافية فيها (قوله يتصرف في الكل) أقول أي في كل مال الشركة قال المصنف (فلا يستفاد الربح برأس المال) أقول فقوله الربح فرع المال ممنوع فنذكر صدر الكلام حتى يظهر لك ورود المنع

كما في المضاربة فانه ليس هناك خلط للمالين والربح مشترك بسبب العقد واذا بطل ذلك الاصل بطل الفروع المترتبة عليه فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح ونصحه شركة التقبل (قوله ولا تجوز الشركة) واضح وقوله (ونظيره في المزارعة) يعني أنه اذا شرط لا شريكا قفزان سماعة كانت فاسدة لان الشركة تنقطع به ومن شرط المزارعة أن يكون الخراج بينهما شاعا قال ولكل واحد من المتفاوضين هذا بيان ما يجوز للشريك شركة بمفاوضة أو عنان أن يفعل وأن لا يفعل يجوز له أن يضع لانه معتاد في عقد الشركة والمعتاد جازله العمل به ولأنه أن يستأجر على العمل بتحصيل الربح بلا خلاف وكل من جازله أن يستأجر لتحصيل الربح جازله أن يضع لان الاستئجار تحصيل بعوض والابضاع بدونه فكان الاستئجار أعلى ومن ملك الأعلى ملك الأدنى وأن يودع المال لانه معتاد ولا يجرد التاجر منه بدا وان يدفع مضاربة لانهادون الشركة ألا ترى انه ليس على المضارب شيء من الوضعية وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح

تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار للمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح ونصحه شركة التقبل قال (ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح) لانه شرط بوجوب انقطاع الشركة فعمسا لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة قال (ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان أن يضع المال) لانه معتاد في عقد الشركة ولأنه أن يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض ودونه فملا كوكذاله أن يودعه لانه معتاد ولا يجرد التاجر منه بدا قال (ويدفعه مضاربة) لانها دون الشركة فتضمنها

حاصل تقرير الشارحين ان الربح يضاف الى التصرف في المال وهو العلة والى العقد الذي هو علة التصرف والحكم كما يضاف الى العلة يضاف الى علة العمل وأنت تعلم ان الاضافة الى علة العمل بطريق المجاز فان الحكم بالذات انما يضاف الى علة الماعرف ان لا أثر لليلة البعيدة في الحكم وحققة الاضافة أولى بالاعتبار من مجازها في حكم ينبغي على الاضافة وانما وجهه التقرير المراد ان الربح المستحق شرعا لكل من الشريكين في مال الآخر ليس مضافا الى العقد الشرعي الذي به حصل تصرفه في مال غيره لاني نفس المال ولا التصرف فيه لان اضافة الربح الى التصرف في المال معناها انه اكتسب عن التصرف فيه وليس هذا بقيد لانه هو معلوم وانما حاجتنا الى ثبوت حل الربح لكل منهما ولا شك أن حله انما يضاف الى العقد الشرعي لا التصرف فان نفس التصرف في المال وان كان مأذونا فيه شرعا لا يوجب حل الربح للتصرف كما في المبيع والوكيل بالبيع فلم يحل الا بعقد الشركة متحققا فيه معنى اسمه فيه لان هذا العقد الشرعي يسمى شركة فمتحقق معناه بما يفيد شرعا وهو الشركة في الربح والتصرف معالا أن أحدهما عن الآخر ليكون علة العلة بل التصرف علة في وجود الربح والعقد علة حله والكلام ليس الا فيه واذا كان كذلك لم يتوقف الاسم على خلط المال لان المال محل العقد شرط لتحقيقه خارج عنه ثم قال المصنف (ولأن الدراهم والدنانير لا يتعيان يعني عند الشرائع بها ما فيه الربح حتى جاز أن يدفع غيره مما فلم يكن الربح مستفادا بعين رأس المال حتى يلزم فيه الخلط بل بالتصرف واذا ظهر تحقيق الشركة بلا خلط (تحققت في المستفاد بدونه) أي بدون الخلط (وصار للمضاربة) تحقيق الشركة في الربح بلا خلط فان قيل فعلى هذا ينبغي أن لا تبطل بهلاك المال قبل الشراء لوجود المال وقت العقد لأنه انعقد في المحل قلنا انما بطلت لمعارض آخر وهو ان هلاك المحل قبل حصول المقصود بالعقد منه يبطله كالمبيع يبطل بهلاك المبيع قبل القبض والمقصود من عقد الشركة الاسترباح وهو بالشراء أو لا فاذ هلك المال قبل الشراء كان كالهالك المبيع قبل القبض واذا كان الاصل هو العقد لا المال (لم يشترط اتحاد الجنس والتساوي) في رأس المال ولا (في الربح) ونصحه شركة التقبل (قوله ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح) قال ابن المنذر لا خلاف في هذا لأحد من أهل العلم ووجهه ما ذكره المصنف بقوله لانه شرط بوجوب انقطاع الشركة فعمسا لا يخرج الا قدر المسمى فيكون اشتراط جميع الربح لا أحدهما على ذلك التقدير واشترطه لأحدهما يخرج العقد عن الشركة الى قرض أو بضاعة على ما تقدم وقوله (ونظيره في المزارعة) يعني اذا شرط لأحدهما قفزان سماعة بطلت لأنه عسى أن لا يخرج الارض غيرها (قوله ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان ان يضع المال) لانه معتاد في عقد الشركة من المتشاركين ولأنه ان يستأجر على عمل التجارة والتحصيل للربح (بغير عوض ودونه) وأنه أقل ضررا فاذا ملك ما هو أكثر ضررا ملك ما هو أقل وظاهر ان لفظ التحصيل مرفوع على الابتداء وخبره الظرف (قوله وكذاله أن يودعه لانه معتاد ولا يجرد التاجر بدله منه) في بعض الاوقات والمضارب وقوله (ويدفعه مضاربة لانهادون الشركة)

(٤ - فتح القدير خامس)

فيمكن جعل المضاربة مستفادة بعقد الشركة لانها دون الشركة فتضمنها الشركة هذا ظاهر الرواية (قوله واذا بطل ذلك الاصل الخ) أقول يعني أصل زفر والشافعي



(وعن أبي حنيفة ليس له ذلك لأنه) أي عقد المضاربة (نوع شركة) لأنه إيجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس له أحد الشريكين أن يشارك (٣٦) مع غيره بمال الشركة فكذلك لا يدفعه مضاربة (والأول) أي جواز الدفع مضاربة (أصح وهو

رواية الأصل لأن الشركة) يعني في المضاربة غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح وهو ثابت بالمضاربة فيملكه أحد الشريكين كما لو استأجر أجير العمل فإنه يجوز قولاً واحداً فهذا أولى لأنه يحصل بدون ضمان في ذمته فإن المضارب إذا عمل ولم يحصل الربح لا يجب على رب المال شيء بخلاف الإجارة فإن الاجير إذا عمل في التجارة ولم يحصل شيء من الربح يكون المستأجر ضامناً للإجارة بخلاف الشركة حيث لا يملكها لأن الشيء لا يستتبع مثله فإن قيل هذا منقوض بالمكاتب فإنه جازله أن يكاتب عبده والعبد المأذون له جازله أن يأذن لعبده فالجواب أن ذلك ليس من قبيل الاستتباع فإن كل واحد منهما ما أطلق في الكسب وأسبابه وهذا من أسباب الكسب المطلقة لهما لأنه من المستتبعات وأن يوكل من يتصرف فيه وهو ظاهر واعترض بأن الحكم الثابت مقصوداً أعلي حالاً من الحكم الثابت في ضمن شيء آخر لا محالة والوكيل الذي كانت مكانه مقصودة ليس له توكيل غيره فالوكيل الذي ثبتت

وعن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة والأصح هو الأول وهو رواية الأصل لأن الشركة غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح كما إذا استأجره بأجر بل أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لأن الشيء لا يستتبع مثله قال (ويوكل من يتصرف فيه) لأن التوكيل بالبيع والشراء من أنواع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك أن يوكل غيره لأنه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله لأن الوضعية في الشركة تنالزم الشريك ولا تنالزم المضارب فتضمن الشركة المضاربة (وعن أبي حنيفة) لرواية الحسن (أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة) في الربح (والأصح هو الأول وهو رواية الأصل لأن الشركة) في الربح غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح فصار (كما إذا استأجره بآجرة) ليعمل له بعض أعمال التجارة (بل أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمة الشريك بخلاف الشركة) فإن أحد الشريكين لا يملك أن يشارك غيره في مال الشركة (لأن الشيء لا يستتبع مثله) وأورد عليه المكاتب يكاتب عبده والمأذون يأذن لعبده واقترعا المفترض والمنقل بمثلها والناسخ بمثل المنسوخ وأجيب بأن ملكهما ذلك ليس بطريق الاستتباع بل باطلاق التصرف مطلقاً وكذا الاقترعا ليس صلاصة الامام مستتبعة لصلاتهما بل تلك مبنية عليهما وحقيقة الناسخ مبنية لا غير على أنه ليس وزان ما نحن فيه بتأمل يسير ولكل واحد ان يشترى بالنسيئة وان كان مال الشركة في يده استحساناً وليس لأحد شريكي العنان الرهن أي رهن عين من مال الشركة بدين من التجارة عليه والارتمان بدين له بخلاف المفاوض له ان يرهن ويرهن على شريكه فان رهن في العنان متاعاً من الشركة بدين عليه مالم يجر وكان ضامناً للرهن ولو ارتمن بدين لهما لم يجر على شريكه فان هلك الرهن في يده وقبضته والدين سواء ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لأن هلاك الرهن في يده كالا سقفاء وكذا اذا باع أحدهما مالاً ليس للآخر قبضته وللمدين أن يمنع من دفعه فان دفعه اليه برئ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر وليس لواحد منهما أن يخاصم فيما ادّاه الآخر أو باعه والخصومة للذي باع وعليه ولا أن يؤخر ديناً فان أخره لم يمس على الآخر وكذا لا يعضى اقرار أحدهما بدين في تجارته معاً على الآخر فان أقر وأنكر الآخر لم يفرج جميع الدين ان كان هو الذي وليه لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقدة وكيلاً كان أو مباشراً وان أقر أمه أو وليه وأنكر الآخر لم يمس نصفه ولو اشترى أحدهما شيئاً فوجده عيباً لم يكن للآخر ان يردّه لأن ذلك من حقوق العقد ولو أخذ أحدهما مالا مضاربة اختص برحبته لأن مال المضاربة ليس من مال الشركة وعلى هذا الوجه بدأ أحدهما صاحبه بما ليس من شركته ما فهو جائز بخلاف المفاوض في جميع ذلك ويجعز اقراره عليه ويشارك شركة عتق ويعضى على الآخر بخلاف شريك العنان ويجوز قبض كل من المتفاوضين ما ادّاه الآخر أو ادّاه أو وجب لهما على رجل من غصب أو كفالة أو غير ذلك ويرد بعيب ما اشتراه الآخر وكل منهما خصم عن الآخر يطالب بما على صاحبه وتقام عليه البينة ويستخلف على العلم فيما هو من ضمان التجارة وتقدم شيء من هذا أول الباب فيما هو من ضمان التجارة (و) لكل من شريكي العنان أن (يوكل من يتصرف فيه) لأن التوكيل بالبيع والشراء من أعمال التجارات والشركة انعقدت لهما بخلاف الوكيل (صريحاً) بالشراء ليس له أن يوكل به لأنه عقد خاص طلب به شراء شيء بعينه فلا يستتبع مثله لو وكل ما كان لا يأخذهما أن

وكأنه في ضمن الشركة كيف جازله توكيل غيره وأجيب بذلك الجواب المشهور وهو قولهم كم من شيء ثبت ضماناً ولا يثبت قصداً كبيع الشرب وغيره والشبهة وجه القياس في هذه المسئلة وجوابها وجه الاستحسان (بقوله) وأجيب بذلك الجواب المشهور (الخ) أقول وسيجيء نظير هذا من الشارح أيضاً في آخر كتاب الشركة ثم أقول فيه بحث

مال (ويذكر في المال أمانة) لانه قبض المال باذن المالك لاعلى وجه البذل والوثيقة قصار كالوديعة

بملى اذ انما شر يكده لم يكن له عله فان عله ضمن نصيب شر يكده وله هذا القول احدهما اخرج لدمياط  
ولا يجاوزها جوارز فلهذا المال ضمن حصصه شر يكده لانه نقل حصته بغير اذنه وكذا لو تم بيع  
النسيئة بعد ما كان اذن له فيه (قوله ويده) أى يد الشرىك مطلقا (في المال يد أمانة) لانه قبض المال باذن  
المالك لاعلى وجه البذل والوثيقة) فيكون أمانة بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه على وجه  
اعطاء البذل فيكون مضمونا بخلاف الرهن فانه مقبوض للتوثيق بدينه فيضمن بذلك الدين واذا كان  
مقبوضا على الوجه الذى ذكرنا صار كالوديعة فكان أمانة واعلم ان جميع الامانات اذا مات تنقلب  
منهونة بالموت مع التجهيل الا في مسائل احداها اذا مات أحد المتفاوضين ولم يبين حال الذى كان في يده  
فانه لا يضمن لشرىك نصيبه والاخرى في السرايا اودع الامام بعض الغنائم في دار الحرب قبل القسمة  
عنده بعض الجند فبات وتذكر الثالثة في الوقف ان شاء الله تعالى (وفروع في اختلاف المتفاوضين)  
قد علم انه ليس لأحد المتفاوضين أن يقرض ولا يهب ولا يتصدق ولا يعير دابة من شركتهما ولو ادعى  
على آخر أنه شاركه مفاوضة فأنكر والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه وعلى المدعى البينة  
لانه يدعى العقد واستحقاق ما في يده وهو منكر فان اقام البينة فشهدوا أنه مفاوضه أو زادوا على هذا  
فقالوا المال الذى في يده من شركتهما أو قالوا هو بينهما نصفان قضى للمدعى بنصفه لان الثابت بالبينة  
كالثابت بالاقرار وجميع ما ذكره مقتضاها انقسام ما في يده فيقضى بذلك ولو ادعى الذى في يده المال  
بعد ذلك ان هذا العين ميراثا ما في يده وأقام على ذلك بينة قبلت عند محمد ولم تقبل عند أبي يوسف  
لان هذا اليد صار مقضيا عليه بنصف ما في يده وبينة المقضى عليه في اثبات الملك لا تقبل الا أن يدعى  
تلقى الملك من قبل المقضى له كالأموال كانت الشهادة مفسرة ولو ادعى ذواليد عينا في يده انها خاصة وهب  
شرىك منه حصته وأقام البينة على الهبة والقبض قبلت لانه انما ادعى تلقى الملك منه ولو ادعى انه  
مفاوضه والمال في يد المدعى عليه فأقر وقضى عليه ثم ادعى عينا مما كان في يده أو ميراثا أو هبة وأقام  
بينة قبلت والفرق لأبي يوسف ان ذاليد هنا مقر بالمفاوضة مدع لليراث ولا منافاة بينهما وقد أثبت  
دعواه بالبينة وفي الاول ذواليد جاحد مدعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه ألا ترى انه لو لم  
يكن أقام البينة في صورة الإنكار لم يتخلف خصمه واذا مات أحد المتفاوضين والمال في يد الحى  
فادعى الورثة بالمفاوضة وبجحد الحى ذلك فأقاموا البينة بذلك لم يقض لهم شئ فيما في يد الحى لانهما  
شهادتة مدعى ارتفاعه لانه قاض المفاوضة بموت أحدهما ولا نه لاحكم فيما شهد به في المال الذى  
في يده في الحال لأن المفاوضة فيما مضى لا توجب أن يكون المال الذى في يده في الحال من شركتهما  
الا أن يقيموا انه كان في يده في حياة الميت أو انه من شركتهما فانهم حينئذ شهدوا بالنصف للميت وورثته  
سلفاؤه ولو كان المال في يد الورثة وبجحدوا الشركة فأقام الحى البينة على المفاوضة وأقاموا ان  
أباهم مات وترك هذا ميراثا من غير مفاوضة بينهما لم تقبل منهم لانهم جاحدون فائما يقيمون على  
النفي وقد أثبت المدعى الشركة فيما في أيديهم فيقضى له بنصفه وصحح شمس الأئمة ان هذا أقولهم جميعا  
ولو قالوا مات جندنا وترك ميراثا لا يينا وأقاموا البينة على هذا لا تقبل في قول أبي يوسف وتقبل في قول محمد  
كلوا كان المفروض حيا وأقام البينة على ذلك بعد ما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة واذا  
افترق المتفاوضان فأقام أحدهما البينة ان المال كله كان في يده صاحبه وان قاضى بلدة كذا قضى  
بذلك عليه وسموا المال وانه قضى به بينهما نصفين فأقام الآخر بمثل ذلك من ذلك القاضى بعينه  
أو غيرهما فان كان من قاض واحد وعلم تاريخ القضاء من أخذ بالاخر وهو رجوع عن الاول ونقض له  
وان لم يعلم أو كان القضاء من قاضين لزم كلا منهما القضاء الذى أنفذه عليه لأن كلا منهما صحيح ظاهرا

وقوله (لاعلى وجه البذل)  
احتراز عن المقبوض على  
سوم الشراء لان المقبوض  
على سوم الشراء قبض  
لاجل أن يدفع الثمن (قوله  
والوثيقة) احتراز عن الرهن  
فان المرهون مقبوض  
لاجل الوثيقة

قال (وأما شركة الصنائع) كلامه ظاهر وقوله (لاتقديم مقصودهما) أي مقصود الشريكين وهو التمييز بظاهر وفي بعض النسخ لا تنفيذ مقصودها أصناف المقصود إلى الشركة وان كان المقصود للشريكين بأدنى مسابسة وهو تلبس الشريكين بعقد الشركة (قوله ولا يشترط فيه) أي في هذا العقد اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك زجهما الله قالان اتفقت الاعمال كالقصار بين اشتركا أو صباغين جاز وان اختلفت كصباغ وقصار اشتركا (٣٨) لا يجوز لان كل واحد منهما عاجز عن العمل الذي يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صنعة

قال (وأما شركة الصنائع) وتسمى شركة التقبل (كالخياطين والصباغين يشتركان على أن يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك) وهذا عندنا وقال زفر والشافعي لا يجوز لان هذه شركة لاتقديم مقصودها وهو التمييز لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة في الربح تبقى على الشركة في المال على أصلهما على ما قررنا ولنا أن المقصود منه التحصيل وهو يمكن بالتوكيل لا متفاوت باتحاد العمل والمكان أو اختلافهما أما الأول فلان التوكيل يتقبل العمل صحيح عن محسن مباشرة ذلك العمل ومن لا يحسن لانه لا يتعين على المتقبل اقامة العمل بسببه بل له أن يقيم باعوانه واجرائه وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحا وأما الثاني فلان أحد الشريكين لو عمل في مكان والاخر في مكان آخر لا يتفاوت الحال وهو ظاهر فان قيل قد تقدم ان من الفروع المترتبة على أصل زفر والشافعي في مسألة الخلط ان شركة التقبل لا يجوز فكيف يصح قول زفر مع مالك زجهما الله في جوازها اذا كانت الاعمال متفقة أجيب بان زفر له في هذه المسألة أعني الخلط قولان فذكر المصنف في تلك المسألة حكيم الرواية التي يشترط فيها خلط المال وذكرها حكيم

فيحاسب كل صاحبه بما عليه ويتراد ان الفضل (قوله وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل) وشركة الابدان وشركة الاعمال (فمحو الخياطين والصباغين يشتركان في ان يتقبل كل الاعمال) أو نحو الصباغ والخياط يفعلان ذلك (ويكون الكسب بينهما فيجوز عندنا) وقال الشافعي لا يجوز لانها شركة لاتقديم مقصودها أي المقصود منها وفي بعض النسخ مقصود عساه بالتبعية أي الشريكين (وهو التمييز) أي الربح (لانه لا بد) في الربح (من رأس المال) لانه يبنى عليه على ما قررنا في الخلاف في عدم اشتراط الخلط (ولنا ان المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح) على الاشتراك وهو لا يقتصر على المال بل جاز بالعمل أيضا كما مر في جاز بالتوكيل بان يوكّل الآخر بقول العمل عليه كما يقبله لنفسه فيكون كل أصيلا في نصف العمل المتقبل ووكيلا في نصفه الاخر فتتحقق الشركة في المال المستفاد عن ذلك العمل فان عملا استحق كل فائدة عمله وهو المال المستفاد وهو كسبه وان عمل أحدهما كان العامل معين الشريك فيما لزمه بتقبله عليه وهو جاز لان المشرط مطلق العمل لا عمل المتقبل بنفسه أو وكيله بنفسه ألا ترى ان نحو الخياط يتقبل ثم يستأجر من يعمل ويدفعه الى مالكه فتطيب له الاجرة ومن صور هذه الشركة أن يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف القياس أن لا يجوز لان من أحدهما العمل ومن الاخر الحانوت واستحسن جوازها لان التقبل من صاحب الحانوت عمل (قوله ولا يشترط فيه) أي في جواز هذه الشركة (اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك) وأورد عليه أنه قدم في اشتراط الخلط لفران من غيراته عدم جواز شركة التقبل وهو ينافي اشتراطه لصحتها اتحاد العمل والمكان أجيب بان عن زفر في جواز شركة التقبل روايتين ذكرهما في المبسوط ففرع رواية المنع على شرط خلط المال وذكرها شرطه في تجويزها ثم ذكر المصنف وجه الجواز بقوله (لان المعنى المجوز لشركة التقبل) من كون المقصود تحصيل الربح (لاتفاوت) بين كون العمل في دكانين أو دكان وكون الأعمال من أجناس أو جنس فلا وجه لاشتراط شرط بلا دليل بوجهه (قوله ولو شرط العمل نصفين) يعني التساوي في العمل والربح اثلاثا (جاز) بشرط كون المشرط له مشروطا عليه العمل (وفي القياس لا يجوز) وهو قول زفر (لان الضمان هنا انما هو بتقبل العمل) أي لانه لا مال

الرواية التي لا يشترط ولكن أطلق في اللفظ ولم يذ كر اختلاف الروايتين في ظاهره متناقضا عقدت (قوله ولو شرط العمل نصفين) أي اذا شرط في شركة التقبل ولم يكن مفاوضة ان يكون العمل نصفين والربح الحاصل اثلاثا حازا استحسانا والقياس ان لا يصح لان الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه أي الى ربح مالم يضمن فصار كشركة الوجوه في ان التفاوت فيها في الربح لا يجوز اذا كان المشتري بينهما على السواء وما اذا اشترط التفاوت في ملك المشتري فيجوز التفاوت حينئذ في الربح في شركة الوجوه أيضا

وقوله (ولكننا نقول) بيان وجه الاستحسان ما يأخذه كل من الشريكين لا يأخذ بحالان الربح انما يكون عند اتحاد الجنس ولهذا اقرأوا  
لو استأجر دارا بعشرة دراهم ثم أجزها بثوب يساوي خمسة عشر جازا ان الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه  
لم يتعد لأن رأس المال عمل والربح مال فكان ما يأخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فاذا رضى بقدر معين كان ذلك منهم ما تقوينا  
للمعمل فينتقد بقدر ما يقوم به ولا يحرم لأنه لم يؤد الى ربح مالم يضمن بخلاف (٣٩) شركة الوجوه لان جنس المال

متفق وهو المسمى الواجب  
في ذمتهم ماداراهم كانت  
أودنانير والربح يتحقق في  
الجنس المتفق وقوله  
(وربح مالم يضمن) تقديره  
لوجاز اشتراط زيادة الربح كان  
ربح مالم يضمن وذلك لا يجوز  
الافى المضاربة وانما جاز  
فيها الوقوع بمقابل العمل  
في جانب المصارب وبمقابلة  
المال في جانب رب المال  
وليس واحده منهما في  
شركة الوجوه ولا الضمان  
بمقابل العمل الربح موجودا  
فيما يلزم فيها ربح مالم يضمن  
فلا يجوز (قوله وما يتقبله  
كل واحد منهما من العمل  
يلزمه ويلزم شريكه)  
ظاهر وقوله (ويبرأ الدافع  
بالدفع اليه) أي يبرأ دافع  
الاجرة الى كل واحد من  
الشريكين قيل فيجوز أن  
يكون معناه ويرأ الدافع من  
كل من الشريكين بالدفع  
اليه أي الى صاحب الثوب  
مثلا لو أخذ أحد الشريكين  
ثوبا للصبي ثم دفع الآخر  
الثوب مصبوغا الى صاحبه  
برئ من الضمان وقوله  
(وهذا) اشارة الى لزوم

فان زيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه وصار كشركة الوجوه ولكننا نقول ما يأخذه  
لا يأخذ بحالان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس المال عمل والربح مال فكان بدل  
العمل والعمل يتقوم بالتقويم فينتقد بقدر ما يقوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال  
متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح مالم يضمن لا يجوز الا في المضاربة قال (وما يتقبله كل  
واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطلب بالاجر  
(ويبرأ الدافع بالدفع اليه) وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لان  
الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان أن هذه الشركة

عقدت الشركة عليه فزيادة الربح لأحدهما (ربح مالم يضمن فلم تجز) كالم تجز شركة الوجوه مع شرط  
التفاضل في ربح ما يباع مما اشتري بالوجوه وأما كون التفاضل مجرى فيها اذا شرط التفاوت في  
ملك المشتري فان اشتري كاعلى ان ما اشتريه كل منهم يكون لا آخر بعينه فقط فينقسم الربح على قدر  
ملكهما فذلك في الحقيقة عدم التفاوت في الربح قلنا المأخوذ من هذه الشركة ليس ربحا حقيقة لان  
حقيقة الربح انما تكون عند اتحاد جنس الربح وما به الاسترباح وهو هنا مختلف لان رأس المال عمل  
والربح مال وانما يقال لربح مجازا وانما هو بدل عمله والعمل يتقدر بالتقدير أي بحسب التراضي فما  
قدر لكل هو ما وقع عليه التراضي أن يجعل بدل عمله فلا يحرم خصوصا اذا كان أحق في العمل وأهدى  
وعلى هذا اتجه خلاف بعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لأكثرهما ماعلا وصحوا الجواز لان  
الربح لضمان العمل لا بحقيقة العمل ولذا لو مرض أحدهما أو غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح  
بينهما بخلاف يعلم وقوله (بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق) فان الربح بدل ما هو مال  
فيتحقق بالتفاوت في الربح مالم يضمن وهو لا يجوز الا في المضاربة على خلاف القياس هذا وقول  
المصنف لم يجز العقد وصار كشركة الوجوه يعطى ظاهره بطلان العقد بشرط الزيادة والوجه أن تبطل  
الزيادة فقط ويستحق مثل الاجرة فانه نص في شركة الوجوه التي شبه به ما على ذلك في شرح الطحاوى  
فقال وينبغي أن يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وان شرط الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط  
باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما (قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم  
شريكه) حتى ان لصاحب الثوب أن يأخذ الشريك بعمله والشريك الذي لم يتقبل العمل أن يطالب رب  
الثوب مثلا بالاجرة ويرأ الدافع بدفع الاجرة اليه وان كان انما عمله الذي يتقبله قال المصنف (هذا) وهو  
ضمان كل منهما على ما يتقبله الآخر ومطالبة كل بأجرة الآخر وبراءة الدافع اليه الاجرة (ظاهر)  
فيما اذا عقدت شركة الصنائع مفاوضة (وفي غيرها) وهو فيما اذا أطلقا الشركة أو قيداهما بالعنان  
(استحسان) فالأفرق في ثبوت هذه الأمور بين المفاوضة والعنان فيها (والقياس خلاف ذلك لان  
الشركة وقعت مطلقة) واذا وقعت مطلقة انصرفت الى العنان فلم تثبت المفاوضة الا بالنص  
عليها أو على معناه وبمـذا علمت أن لأفرق بين اطلاق الشركة والتصميم على جعلها عنانا في أن  
المنعقد عنان (والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة) أعنى شركة الصنائع

العمل على كل واحد منهما وهو معنى الكفالة (ظاهر في المفاوضة وفي غيرها) وهو العنان (استحسان) أي معنى الكفالة  
بما سبق الاستحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها حتى  
تثبت وانما تذكر وانما هي مقتضى المفاوضة فلا يثبت معها ما ليس من مقتضاها بدون التصريح بذكره (وجه الاستحسان ان  
هذه الشركة

مقتضية للضمان الاتري أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر (ولهذا) أي ولو لكون العمل مضمونا (يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله) أي تقبل صاحبه (عليه) ولو لم يكن مضمونا عليه لما استحق الاجر لان الغرم بآراء الغنم فإذا كان كذلك (جزى) هذا العقد (يجري المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل) وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل وانما قيد بجريانه بجري المفاوضة في هذين الشئين لان فيهما ذلك لم يجز هذا (٣٠) العقد جراحا حتى قالوا اذا أقر أحدهما بدين من عن اشنان أو صابون أو أوبر

(مقتضية للضمان الاتري أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه غيره مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل قال (وأما شركة الوجود فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا) سميت به لانه لا يشتري بالنسيئة الا من كان له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال واذا أطلقت تكون عنا لان مطلقه ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة النقل قال (وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه) لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة أو بولاية ولا ولاية فتعين الوكالة (فان شرط أن المشتري بينهما نصفان والربح كذلك يجوز

أجيرا وأجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه الا ببينة وتلزيم خاصة لان التخصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار بوجوب المفاوضة قال (وأما شركة الوجود فالرجلان يشتركان شركة الوجود) وهو أن يشتركا الرجلان ولا مال لهما (على أن يشتريا بوجوههما) أي بوجاهتهما وأماتهما عند الناس صحيحة عندنا (على هذا) أي على كونهما يشتريان بوجوههما أي سميت شركة الوجود لانه لا يشتري بالنسيئة الا من كان له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة اذا كان الرجلان من أهل الكفالة لانه حينئذ يمكن تحقيق الوكالة والكفالة في الابدال أي الثمن والمثل فيكون ثمن المشتري على كل واحد منهما نصفه ويكون المشتري بينهما نصفين ولا بد من التلفظ بلفظ المفاوضة أو بما قام مقامه كما تقدم واذا أطلقت كانت عنا لان المطلق ينصرف اليه لكونه المعتاد فيما بين الناس وهي أي شركة الوجود جائزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والوجه من الجانبين ما بيناه في شركة النقل وهي

(مقتضية للضمان) في القدر الذي ذكرناه لأنهم اتضعتت وكيل تقبل العمل على صاحبه فكان العمل بالضرورة مضمونا على الآخر ولذا استحق من الاجرة بعض ماسمى للآخر (بسبب نفاذ تقبله عليه غيره) هذا العقد وان كان عنا (يجري المفاوضة في ضمان العمل) عن الآخر (واقتضاء البدل) وان لم يتقبل ضرورة بخلاف ماسوى هذين الامرين هو فيها على مقتضى العنان ولذا لو أقر أحدهما بدين من أمر الصناعة كثن صابون أو صبغ أو بدين للعلامة عن علمهم أو بآجرة بيت أو دكان لمدة مضت لا يصدق على صاحبه الا ببينة لان نفاذ الاقرار على الآخر موجب للمفاوضة ولم ينصاعليها ثلاثة لم يعقدوا بينهم شركة تقبل تقبلا واعمالا ثم جاء أحدهم ففعله كله فله ثلث الاجرة ولا شيء للآخرين لانهم لم يكووا شركاء كان على كل منهم ثلث العمل لان المستحق على كل منهم ثلثه بثلث الاجر فاذا عمل الكل كان متطوعا في الثلثين فلا يستحق الا ثلث الاجر (قوله) وأما شركة الوجود فالرجلان يشتركان ولا مال لهما يشتريا بوجوههما) أي بوجاهتهما وجاههما ما لا مال لهما (قوله) والوجه من الجانبين تقبلت حين وضعت موضع العين للوجوب لذلك ولذا كان وزنه عقل (وانما تكون مفاوضة) بان يكونا من أهل الكفالة والمشتري بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساوى في الربح وتلفظا بلانظ المفاوضة أو بذكر مقتضياتها كما سلف (فتتحقق الوكالة والكفالة في الابدال) أي الاتحان والمبيعات وان فات شيء مما ذكرنا كانت عنا لان مطلق عقد الشركة ينصرف اليه لتبادره وزيادة تعارفه عملا ومنها الشافعي ومالك والوجه من الجانبين تقدم في شركة الاعمال ونقول صحة العقد باعتبار صحة الوكالة وتوصل كل من الآخر بالشركة على أن يكون المشتري بينهما نصفين أو اثلا ما صحح فكذا الشركة التي تضمنت هذه الوكالة وتقدم معنى الباقي غير الفرق بين الوجوه والعنان من جهة أن في شركة الوجود لا يصح التفاوت في الربح ويصح في العنان مع أن الربح في كل منهما من جنس الاصل ففرق بان شركة العنان في معنى المضاربة من حيث ان كلا عامل في مال صاحبه بخلاف شركة الوجود فصح اعمال شبه المضاربة في العنان في اجازة تفاوت الربح بخلاف الوجود والحاصل ان شبه المضاربة انما يجوز زيادة ربح أحدهما في العنان باعتبار عمله في مال الآخر وليس في شركة الوجود أحدهما عاملا في مال الآخر وعلى هذا فلا يجعل الاستحقاق في

ان الربح عند فروع المال فإذا لم يوجد المال لم تنعقد الشركة وقتلنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد الى آخره المضاربة (قوله) وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل) أقول يمكن أن يستعان في دفع تلك المصادرة بما ذكره الشارح الزيلعي في شرح البكر



(قوله ولا يجوز أن يتفاضل فيه) أي في الربح وان شرط لأحدهما الفضل بطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما (قوله وهذا) إشارة إلى تختم المساواة في اشتراط الربح (قوله بالنصف) قيد اتفاقاً فإنه يجوز أن يلقى بأقل من النصف ولا يستحق بمساواتها فإن قيل لا يجوز أن يستحق الزيادة من زيادة أحدته ومساواته وتدبيره في الأمور العامة والخاصة وعلمه بالتجارة أوجب بأن اشتراط الزيادة في الربح زيادة أهل التمسك بزيادة المال معلوم كافي العنان والمضاربة ولم يوجد هنا (وقوله الأثرى) توضيح لقوله ولا يستحق بمساواتها (قوله واستحقاق الربح في شركة الوجوه) عود إلى البحث لانعام المظنرب يعني ان صورة النزاع استحقاق الربح فيم بالضممان لا المال ولا بأهل (قوله على ما بيناه) قيل هو إشارة إلى ما ذكره في شركة التقبيل بقوله لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن وقيل هو إشارة إلى قوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق الخ (٣١) . وتقرر كلامه استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان على قدر

المال في المشتري فكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة فإنه يصح فيه الما ذكرنا من وجوه مقابلة به بالمال والعمل والوجوه أي شركة الوجوه ليست في معناها لان المال فيها مضمون على كل واحد من الشريكين وأما المال في المضاربة فليس بضمون على المضارب ولا العمل على رب المال بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فيملح بقيل بهما قيس فيه نظر لان ربح مالم يضمن لو جاز في العنان لشبهة المضاربة لصح الشركة بالعروض في العنان لان العنان مشبه بالمضاربة فكان على تجوز ربح مالم يضمن موجوده لكن لا يجوز ذلك لما تقدم أنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن والجواب ان

ولا يجوز أن يتفاضل فيه وان شرط أن يكون المشتري بينهما أثلاً فالربح كذلك وهذا لان الربح يستحق الا بالمال أو العمل أو بالضمان قرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والاستاذ الذي يلقى العمل على التأييد بالنصف بالضمان ولا يستحق بمساواتها الأثرى أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن يربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر المال في المشتري وكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق بهما والله أعلم  
فصل في الشركة الفاسدة (ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه) وعلى هذا الاشتراك في أخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في أخذ المال المباح باطل

المضاربة على خلاف القياس والالم يجوز الخاق غيره به لشبهه به بل نقول الربح يستحق شرعاً بأحد المعاني الثلاثة منها العمل وان كان فيه ربح مالم يضمن للاستحقاق شرعاً بالعمل في الاجارة وحينئذ يسقط اعتراض بعضهم بأنه لو جاز ربح مالم يضمن في العنان لشبهه بالمضاربة يصح الشركة بالعروض في العنان ونحن انعام بجوازها دائماً إلى ربح مالم يضمن لان في جعل رأس مال الشركة عروضاً ربح مالم يضمن لا في مقابلة عمل المستحق في مال الآخر لانه يلزم من أول الامر عند بيع العروض متفاوتة الثمن فان قيل لم لا يجوز باعتبار فضل العمل كافي الصنائع أوجب بأنه انما يجوز فيما يكون العمل في مال معلوم كافي العنان والمضاربة ولم يوجد هنا

فصل في الشركة الفاسدة وجه تقديم الحجة على الفاسدة ظاهر (قوله ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد) وكذا الاحتشاش والتسكدي وسؤال الناس (وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه) أو أصابه من التسكدي (فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في كل مباح) كأخذ الحطب والتجار من الجبال كالخوز والطين والفسق وغيرها وكذا في نقل الطين وبيعها من أرض مباحة أو الحصى أو الملح أو النج أو الكحل أو المعدن أو الكنوز الجاهلية وكذا اذا اشتركا على أن يلبثا من طين غير مملوك ويطبخا أجرا ولو كان الطين مملوكاً أو سمل الزجاج فاشتركا على أن يشتريا ويطبخا وبيعا

العنان بالعروض لو كان مؤدياً إلى ربح مالم يضمن فقط لا غفرناه ولكن انضم إلى ذلك جهالة رأس المال والربح عند القسمة وليس في المضاربة ما يقتضي اعتقاده حتى يلحق به وهذا الجواب ينزع إلى تخصيص العلة فاما أن يلتزم مساعه أو يصار إلى مخلصه المعلوم في الاصول ونفصل في الشركة الفاسدة وجه فصل الفاسد عن الصحيح وتأخير عنه لا يخفى على أحد وكلامه واضح

(قوله قيل هو إشارة إلى قوله بخلاف شركة الوجوه) أقول فيه بحث (قوله فانه يصح فيه الما ذكرنا) أقول في رأس الصحيفة السابقة (قوله والجواب أن العنان بالعروض الخ) أقول والاولى عندي في الجواب أن يقال جواز ربح مالم يضمن في المضاربة على خلاف القياس ولهذا يقتصر على مورد النص وهي الدراهم والدينار والتشبيه به لا يكون علة التجوز فيه فيما يجوز فيه فليتامل  
فصل في الشركة الفاسدة

(قوله لان امر الموكل به غير صحيح) والوكيل عليه دليلان على المطلوب تقرير الاول المدعى ان التوكيل في اخذ المباح باطل لانه يقتضي صحة امر الموكل بما وكل به وهو اخذ المباح (٣٣) وأمر الموكل بأخذه غير صحيح لانه صايف غير محمل ولايته وتقرير الثاني التوكيل

لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل عليه دليلان على المطلوب تقرير الاول المدعى ان التوكيل في اخذ المباح باطل لانه يقتضي صحة امر الموكل بما وكل به وهو اخذ المباح (٣٣) وأمر الموكل بأخذه غير صحيح لانه صايف غير محمل ولايته وتقرير الثاني التوكيل

جاز وهو شركة الصنائع وكل ذلك جائز عند مالك وأحمد لان هذه شركة الابدان كالصباغين ويؤيده ما رواه أبو داود عن ابن مسعود قال اشترى كنانا وعمار وسعد يوم بدر فلم أجد في كتابي الا انهم كانوا يبيعون ما يبيعون من ثيابهم في سبيل الله تعالى وبأسيرين فأشرك بينهم النبي صلى الله عليه وسلم أوجب بأن الغنمية مقسومة بين الغانمين بحكم الله تعالى فمتنع أن يشترك هؤلاء في شيء منها بخصوصهم وقيل لا صلى الله عليه وسلم انما هو تقبل قبل القسمة أو أنه كان قد مر ما يخصهم وعلى قول بعض الشافعية أن غنائم بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم تصرف فيها كيف شاء ظاهر (قوله لان امر الموكل به) أي بأخذ المباح (غير صحيح) لعدم ملكه ولايته (والوكيل عليه) أي على المباح (بدون امر الموكل فلا يصلح الوكيل نائباً) عن الموكل لان التوكيل اثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل وهذا لم يوجد ههنا فاذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة واستشكل بالتوكيل بشراء عبد بغير عينة فانه يجوز مع أن الوكيل على شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده وحاصل الجواب أن الوكيل ليس قادراً باعتبار آخر وهو شغل ذمة الموكل بالثمن لولا الوكالة فيه ان ثبت له ولاية أن يشغل ذمته به بعد أن لم يكن بقدر غلبه وحاصل هذا أن التوكيل بما يوجب حقا على الموكل يتوقف على اثباته الولاية عليه في ذلك والكلام في التوكيل بخلافه وانما الوجه أن الشرع جعل سبب ملك المباح سبق اليد اليه فاذا وكاه به فاستولى عليه سبق ملكه له ملك الموكل ولو قيل عليه هذا اذا استولى عليه بقصده لنفسه فاما اذا قصد ذلك لغيره فلم لا يكون للغير يجب أن يطلق نحو قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث لا يفرق بين قصد وقصد (قوله فان أخذه جميعا) يعني ثم خلطاه وباعه قسم الثمن على كيل أو وزن مال كل منهما وان لم يكن وزنا ولا كيليا قسم على قيمة ما كان لكل منهما وان لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل واحد الى النصف لانهما استويا في الاكتساب وكان المكتسب في أيديهما فالظاهر أنه بينهما مانتصان والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق على الزيادة على النصف الايبينة لانه يدعى خلاف الظاهر (وان أخذه أحدهما لم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل) لوجود السبب منه (وان عمل أحدهما وأعان الآخر) بأن قلعه أحدهما ووجهه الآخر أو قلعه أحدهما ووجهه الآخر حله فلم يعين أجر مثله بالغام بالغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف من ذلك (وقد عرف في موضعه) يعني كتاب الشركة من المبسوط فانه ذكر فيه وجوه قول كل منهم ما فوجه قول محمد أن المسمى مجهول اذ لم يدرك أي نوع من الخطب يصيبان وهل يصيبان شيئا ولا والرضا بالمجهول لغو فسقط اعتبار رضاه بالنصف الجهالة وصار مستوفيا منافعها بعد فأسدله أجر مثله بالغام بالغ وأبو يوسف يقول بقول محمد فيما اذا لم يصيبا شيئا وفيما اذا أصابا أنه ان كان أجر مثله أكثر فهو قد رضى بما دونه من النصف وكونه مجهولا في الحال فهي طالة على شرف الزوال فانه على عرض أن يصير معلوما عند الجمع والبيع بخلاف ما اذا لم يصيبا شيئا فان المسمى لا يمكن اعتباره لجهالة بالتفاحش حالوما لا فيه نذ أجر المثل بالغام بالغ وقوله (لا يجاوز به) بفتح الواو على البناء للفعل وقوله (نصف من ذلك) بالرفع لانه

بأخذ المباح باطل لان التوكيل عليه بدون امر الموكل ومن ثلك شيأ بدون امر الموكل لا يصلح ان يكون نائباً عنه لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيها هو ثبت للوكيل وليس بثبت للوكيل وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملك بدون امره لئلا يلزم اثبات الثابت ونقض الثاني بالتوكيل بشراء عبد بغير معين فان التوكيل عليه بدون امر الموكل بالشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ومع ذلك صلح أن يكون نائباً عن الموكل والجواب أن معناه يملكه بدون امر الموكل بلا عقد وصورة النقض ليست كذلك فانه لا يملكه الا بالشراء وقوله (فلا يعين أجر مثله بالغام بالغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف من ذلك وقد عرف في موضعه) أي في كتاب الشركة من المبسوط قبل تقديم ذكر محمد على أبي يوسف رحمه الله في الكتاب وكذا تقديم دليل أبي يوسف على دليل محمد في المبسوط دليل على أنهم اختاروا قول محمد ووجه قول أبي يوسف أنه رضى بنصف المجموع وان كان ذلك

مجهولاً في الحال لانه يعلم في المال وكانت جهاته على شرف الزوال فانه بعرضية أن يصير معلوما عند الجمع

(قوله لانه صايف غير محمل ولايته) أقول وفيه بحث لاتنقضه بالتوكيل بالشراء وكذا الدليل الثاني (قوله والجواب أن معناه يملكه الخ) أقول فيه تأمل فان الموكل به هو الشراء فالوكيل يملكه فلا يندفع النقض (قوله قيل تقديم ذكر محمد) أقول القائل هو الاتقاني

فإنما كان راضياً في الابتداء بنصف المجموع وقد فسد العقد كان راضياً بنصفه (٣٣) المجموع في الانتهاء فلا يجاوز به نصفه لأنه

يعتبر رضاء في أمقاط حقه  
عن مطالبة الزيادة ووجه  
قول محمد أنه لا يمكن تقريره  
أي تقرير أجر المثل بنصف قيمة  
المجموع لأنه مجهول جهالة  
متفاحشة جنسا وقدرا  
حيث لا يدري أي نوع  
من الخطب بصيغته وأي  
قدر منه يحمي عن ولا يدرين  
أيضا هل يحدان ما عقدا  
عليه عقد الشركة أو لا يحدانه  
فإذا كان كذلك لا يمكن أن  
يقال إن المعين رضى بنصف  
المسمى من الخطب أو غيره  
لأن الرضا بالجهول لا يتحقق  
فيجب الأجر بالغاً ما بلغ ألا  
يرى أنه لو أعانه عليه فلم يصيب  
شيئاً كان له الأجر بالغاً  
ما بلغ فلهنا أولى لأنهم ما  
أصابا وقوله (وإذا اشتركا  
ولا أحدهما بغل ولا آخر  
راوية) الراوية في الأصل بعير  
السقاء لأنه يروى الماء أي  
يحمي له ثم كثر حتى استعمل في  
المزادة وهي المرادة هنا قال  
أبو غبيدة المزادة لا تكون  
الامن جلد ين يقام بجلد  
ثالث بينهم ما ينسج والجمع  
مزاد ومزاد وقوله (لأن  
الريح فيه تابع للمال فيقدر  
بقدره) فيه نظر لأن الريح  
عندنا فرع للعقد كما مر وكل  
فرع تابع وكونه تابعاً للمال  
أنما هو مذهب الشافعي  
رحمه الله كما تقدم فكان  
الكلام متناقضاً والجواب

قال (وإذا اشتركا ولا أحدهما بغل ولا آخر راوية يستقي علم الماء فالكسب بينهم ما تصح الشركة  
والكسب كله للذي استقى وعليه أجر مثل الراوية إن كان العامل صاحب البغل وإن كان صاحب  
الراوية فعليه أجر مثل البغل) أما فساد الشركة فلا نعقدها على إحراز المباح وهو الماء وأما وجوب  
الأجر فلا إن المباح إذا صار ملكاً للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل أو الراوية  
باعتد فاسد فيلزمه أجره (وكل شركة فاسدة فالريح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل) لأن الريح  
فيه تابع للمال فيقدر بقدره كما أن الريح تابع للبذر في المزارعة والزيادة إنما تستحق بالتسمية وقد  
فسدت بقي الاستحقاق على قدر رأس المال

هو النائب عن الفاعل في فرع (لهما كلب فأرسله فما أصاب بينهما ولو كان لأحدهما وأرسله  
جميعاً كان ما أصابه للمالك) قوله (وإذا اشتركا ولا أحدهما بغل ولا آخر راوية يستقي علم الماء وما  
تصالح بينهم ما تصح الشركة) أعلم أن الراوية في الأصل هو الجمل الذي يحمل عليه الماء مسمى به لأنه يرويه  
ويقال رويته للقوم إذا سقيت لهم وكثر ذلك حتى قيل للمزادة وهي الجلود الثلاثة المصنوعة لتفصل  
الماء فعلى الأول أن يكون هذا جمل ولا آخر بغل فاشتركا على أن كلاهما جمل واحد فافهم  
بينهما وذلك باطل لأن حاصل معنى هذا أن كلاهما جمل فاشتركا على أن كلاهما جمل واحد فافهم  
ومنافع دأبني على أن فاسد الشركة فاسد ثم إن أجرهما بأجر معاً يوم  
صفقة واحدة في عمل معلوم قسم الأجر على مثل أجر البغل ومثل أجر الجمل لأن الشركة لما فسدت  
والأجرة صحيحة لا نعقدها على منافع معاومة يبدل مع اليوم كان الأجر مقسوماً بينهما كذلك كما قسم  
الثلث على قيمة الميعين المختلفين بخلاف ما لو اشتركا على أن يتقبلا الحمولات المعاومة بأجرة معاومة ولم  
يؤاخر البغل والجمل كانت صحيحة لأنهما شركة التقبيل والأجر بينهما نصفان ولا يعتبر زيادة حمل الجمل  
على حمل البغل كما لا يعتبر في شركة التقبيل زيادة عمل أحدهما كصباغين لأحدهما آلة الصبغ  
ولا آخر يثبت عمله فيه اشتركا على تقبل الأعمال لعلها تلك الآلة في ذلك البيت وإن أجر البعير والبغل  
بعينه كان كل الأجر لأحدهما لأنه هو العاقد ولو أعانه الآخر على التحميل والنقل كان له أجر مثله لا يجاوز  
نصف الأجر على قول أبي يوسف وبالأغما بلغ على قول محمد وكذا لو دفع دابته إلى رجل ليؤاخرها ولم  
أطعم الله تعالى بينهما نصفان كان الأجر كله للمالك الدابة وكذا في السفينة والبيت لما بينا أن قدره  
أنه قال بضع منافع دأبني ليكون الأجر بينهما الأجر كله لصاحب الدابة لأن العاقد عقد العقد على ملك  
صاحب الدابة بامرهم وللعقد أجر مثله لأنه لم يرض أن يعمل بجانب آخر بخلاف ما لو دفع إليه دابة ليبيع عليها  
طعاماً للدفع إليه على أن الريح بينهما نصفان فإن الشركة فاسدة والريح لصاحب الطعام ولصاحب  
الدابة أجر مثله لأن العامل استوفى منافع الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجر مثله والريح للعامل وهو  
صاحب الطعام لأنه كسب ماله وعلى الثاني أن يكون له هذا بغل ولا آخر مزادة فاشتركا على أن يستقيما  
الماء فيهما على البغل فاشتركا فاسدة وهو ظاهر قول الشافعي وبه قال أحمد والأجر كله للذي استقى وعليه  
أجر مثل المزادة إن كان صاحب البغل وأجر مثل البغل إن كان صاحب المزادة فجميع المزادة من ادومزاد  
(أما فساد الشركة فلا نعقدها على إحراز المباح وهو) نقل (الماء) وأما وجوب الأجر فلا إن المباح قد  
صار ملكاً للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجر المثل (قوله) وكل شركة  
فاسدة فالريح فيها على قدر رأس المال الخ) كآف لأحدهما مع الفين لا آخر فالريح بينهما ثلاثاً ولو أن  
كان شرط الريح بينهما نصفين بطل ذلك الشرط ولو كان لكل مثل مال آخر وشرط الريح أثلاً باطل  
شرط التفاضل وانقسم نصفين بينهما (لأن الريح في) وجوده (تابع للمال) وأنما طالب على التفاضل

(٥ هـ فتح القدير خامس)

أنه تابع للعقد إذا كان العقد موجوداً وهو هنا قد فسد العقد فيكمزاً تابعاً للمال لأنه  
شرط فإن العلة إذا لم تصح لإضافة الحكم إليها تضاف إلى الشرط والريح عبارة عن الزيادة يقال أخرجت الأرض ريها أي غلة لأنهم إذا زادت

وقوله (على ما ينشأ من قبل) إشارة إلى ما ذكره في باب أحكام الميراثين في قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم بمناقضه إلى قوله ولن لأنه بالنسبة إلى صام من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام الخ وقوله (لأنه) أي الموت (عزل حكى) لكون موت الموكل يوجب عزل الوكيل حكما لنحويل ملكه إلى ورثته فلا يتوقف حكمه على ثبوت العلم به ألا ترى أن الوكيل ينعزل بموت الموكل وإن لم يعلم بموته وقوله (وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة) متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت واعتبر بأنهم قد تقدم أن الوكالة تثبت في ضمن الشركة وإذا كان كذلك كانت تابعة لها ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع وأجيب بأن الوكالة تابعة للشركة من حيث أنها شرطها لا نصح الشركة بدون الوكالة أشار المصنف إلى ذلك آنفا بقوله ولا بد منها أي الوكالة لتحقق الشركة وإذا كانت شرطا لا يتحقق بقاء المشروط بدونه وقوله (لأنه) أي الفسخ (عزل قصدي) فيتعرف على العلم

(وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) لأنها تنضم إلى الكالة ولا بد منها لتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا إذا قضى القاضي بالمناقض لأنه بمنزلة لموت على ما ينشأ من قبل ولا فرق بينهما إذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لأنه عزل حكى وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة ومال الشركة دراهم ودنانير حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي والله أعلم

بالنسبة في العدم وقد بطلت بطلان العقد فيبقى الاستحقاق على قدر رأس المال المولد له ونظيره البرز في المزارعة والربيع الزيادة (قوله) وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) مفادها كانت أو عتانا إذا قضى بمناقضه على البتة حتى لو عاد مسلما لم يكن بينهما شركة وإن لم يتقض القاضي بمناقضه انقطعت على سبيل التوقف بالإجماع فإن عاد مسلما قبل أن يحكم بمناقضه فهو معا على الشركة وإن مات أو قتل انقطعت ولو لم يلحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف فإن لم يقض القاضي بالبطلان حتى أسلم عادت المفاوضة وإن مات بطلت من وقت الردة وإذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف هل تصبح عتانا عند أي حنيفة رحمه الله لا وعند هما تبقى عتانا ذكره الوالد الجلي وإنما بطلت الشركة بالموت لأنها تنضم إلى الكالة أي مشروط ابتداءؤها وبقاؤها لم يضر ضرورة فإنها لا يتحقق ابتداءها إلا بولاية التصرف لكل منهما في مال الآخر ولا تبقى الولاية إلا ببقاء الكالة وبوجه هذا التقرير اندفع السؤال القائل بالوكالة تثبت تبعاً ولا يلزم من بطلان التبعية بطلان الأصل وبطلانها بالالتحاق لأنه موت حكى على ما ينشأ من قبل في باب أحكام المرتدين ولا فرق في ثبوت البطلان بين ما إذا علم الشريك بموت شريكه وعدم علمه بذلك حتى لا تنفذ تصرفات الآخر على الشركة لأنه عزله حكى فان ملكه يتحول شرعاً إلى وارثه علم موته أو لا فلا يمكن توقفه وقد نفذ الشرع حيث نقل الملك بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة وماله دراهم أو دنائير حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي لأنه نوع جبر في شرط علمه دفعا للضرر عنه وتقييده بما إذا كان مال الشركة دراهم أو دنائير لأنه لو كان عروضاً فلا روية في ذلك عن أصحابنا وإنما الرواية في المضاربة وهي أن رب المال إذا أنهى المضارب عن التصرف فإن كان مال المضاربة دراهم أو دنائير صرح فيه بخلافه بصرف الدراهم بالدنانير إن كان رأس مال الشركة دنائير وعكسه فقط وإن كان عروضاً لم يصح جعل الطحاوي الشركة كالمضاربة فقال لا تنفسخ وبهض المشايخ قالوا تنفسخ الشركة وإن كان المال عروضاً وهو المختار وفرقوا بين الشركة والمضاربة بأن مال الشركة في أيديهم مامعاً وولاية التصرف إليهم مباحة بما في ملك كل منهم صاحبه عن التصرف في ماله نقداً كان أو عرضاً بخلاف مال المضاربة فإنه بعد ما صار عرضاً ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال فيه فروع ١) إنكار الشركة فسخ وقوله لا عمل فسخ حتى لو عمل الآخر كان ضامناً القيمة نصيب شريكه وفي الخلاصة قال أحد الشريكين لصاحبه أنا أريد أن أشتري هذه الجارية لنفسى فسكت فاشتراها لا تكون له ولو قال الوكيل ذلك فسكت الموكل فاشتراها تكون له ثم فرق فقال إن الوكيل يملك عزل نفسه إذا علم الموكل رضى أم سخط بخلاف الشريك فإن أحد الشريكين لا يملك فسخ الشركة إلا برضا صاحبه اهـ وهذا غلط وقد صحح هو أنفراد الشريك بالفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ما ذكر في التجنيس فإن أحد المتفاوضين لا يملك تغيير مرجحها إلا برضا صاحبه وفي الرضا احتمال يعني إذا كان سابقاً والمراد بوجوبها وقوع المشتري على الاختصاص ولا يشك على هذا ما ذكر في الخلاصة في ثلاثة أشهر كواشركة صحيحة على قدر رأس أموالهم فخرج واحد إلى ناحية من النواحي لشركتهم فشاركه الحاضر آخر على أن ثلث الربح له والثلثين بينهما أثلاثاً لثلاثة الحاضرين وثلثه للغائب فجعل المدفوع إليه بذلك المال



ففسل <sup>في</sup> ولما كانت أحكام هذا الفصل أبعد عن مسائل الشركة من قبيل أنها ليست من مسائل التجارة أخرنا في فصل على عدة  
وكلامه واضح لا يحتاج إلى شرح سوى ما ذكره وقوله (أما إذا أدى ما عساه من كل واحد منه انصيب صاحبه) يعني عند أي خفيفة  
علافا لهما وقوله (لأن الظاهر أنه لا يلتزم الضرر) يعني إذا بهض ماله على يد الوكيل إلا دفع الضرر أي بقاء الواجب في ذمته وقوله (لأنه  
عزل الحكيم) اعترض عليه بأنه يشكل بالوكيل بقضاء الدين فإن هناك إذا قضى الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل فإن علم بأداء الموكل فهو  
ضامن وإن لم يعلم لم يضمن شيئا فقد فرق هناك بين العلم وعدمه مع أنه حصل العزل الحكيم هناك أيضا بأداء الموكل وأجيب بأن الوكيل  
بجفاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدى مضمون على القابض على ما هو الأصل لأن الدين تقضى بأمانتها وذلك يتصور بعد أداء الموكل  
فلم يكن أداءه موجبا لعزل الوكيل حكما فوضح الفرق أن هناك لو وجب الضمان على الوكيل بجهله بأداء الموكل لا لحق الموكل فيه ضرر  
لأنه يمكن من استرداد المقبوض من القابض وتضمينه إن كان هالكا أو ههنا (٣٥) لو لم يوجب الضمان أدى إلى لحاق الضرر

فصل في ليس لاحد الشر يمكن ان يؤدي كاه مال الاخر الا باذنه ✽ لانه ليس من جنس التجارة فان اذن كل واحد منهم ما صاحبه ان يؤدي كانه فان ادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم بأداء الاول ولم يعلم وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا ادب على التعاقب أما اذا ادب معا ضامن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المأمور بأداء الزكاة اذا تصدق على الفقير بعدما أدى الامر بنفسه لهما منه مأمور بالتعليم من الفقير وقد أتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التعليم لا وقوعه كانه لعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعدما زال الاحصار ورجع الامر لم يضمن المأمور علم أو لا ولا يبي حنيفة انه مأمور بأداء الزكاة والمؤدي لم ينعز كاه فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهد الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر بالدفع الضرر وهذا المقصود حصل بأدائه وعرض أداء المأمور عنه فصار معزولا علم أو لم يعلم لانه عزل حكى وأما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس لواجب عليه فانه يمكنه ان يصير حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا

ضمن وقوله وأما دم الاحصار جواب عن قوله فصار كالأمر بدم الاحصار وتقديره أنا لا نسلم أن المأمور إذا خرج بعد زوال الاحصار ولئن سلمنا أنه لا يضمن بالاتفاق لكن الفرق بينهما أن دم الاحصار ليس بواجب الاحصار لم يطالب بدم الاحصار فلم يكن أمراً مقصوداً فلم يمكن أن يقال إن المقصود حصل بفعل المحصر المأمور عن المقصود بخلاف أداء الزكاة فإنه واجب وكان إسقاط الواجب أمراً مقصوداً وقد حصل منه فعلى فعل المأمور عن المقصود فيضمن

وقوله: (واذا أذن أحد المتفاوضين) صورة المسئلة ظاهرة وتقرر بدليلهما أنه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك وكل من فعل كذلك يرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وقوله (وهذا) بيان لقوله أنه أدى ديناً عليه خاصة لأن الملك واقع له خاصة بدليل حل وطؤها والتمتع بمقابلة الملك (٣٣٩) فكان الدين عليه خاصة ولا يبي حنيقة رضى الله عنه أن الجارية دخلت في الشراكة على

الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار قال (واذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة وقال لا يرجع عليه بنصف الثمن) لأنه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة (وهذا) لأن الملك واقع له خاصة والتمتع بمقابلة الملك وله أن الجارية دخلت في الشراكة على البتات جرياً على مقتضى الشراكة أذهما لا يمكن تغييره فأشبهه حال عدم الاذن غير أن الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لأن الوطء لا يحل إلا بالملك ولا وجه له إثباته بالبيع لما بيناه من مخالف مقتضى الشراكة فأثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن الآخر عند أبي حنيفة وعندهما لا يضمن ذكره في المبسوط وزيادات العتاي وعلل فيما نقل عن المبسوط بأن زكاة كل منهما انقع عما أداه بنفسه وأداه بنفسه يوجب عزل الوكيل ولا يخفى أنه لا يفيد لأنه بعد تسليم أن أدائه يتضمن عزل الوكيل وهو لا ينزل إلا بعد العلم والكلام فيه وجه قولهما في خلافة الكتاب أنه أداه بالامر ولا ضمان مع الامر ولا يقال انما أمره بأداء ما هو زكاة لأننا نقول ليس هذا من وسع الوكيل لأن وقوعه زكاة يتعلق بأمر من جهة الموكل كنيته وانما يلزمه ما في وسعه وليس في وسعه إلا الاداء ولهذا يدفع الى رجل ليقضى به ديناً عليه ثم أدى الدافع الدين لا يضمن إذا دفع ولم يعلم وصار أيضاً كدم الاحصار إذا ذبح المأمور بعد زوال الاحصار (ولا يبي حنيقة أنه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى) بعد أدائه (لم يقع زكاة فصار مخالفاً وهذا لأن الظاهر أن لا يلتزم الضرر) بتقصيص المال الادفع الضرر الدين وقد خالاً أدائه عن ذلك (فصار بأدائه معزولاً علم أولم يعلم لأنه عزل حكيم) لا يتوقف على العلم بالعزل بالموت كما ذكرنا آنفاً وأما ما التزمه به من المستثنين فقبل يمنع تسليم أبي حنيفة الجواب فيه ما قيل بل هو على الاتفاق والفرق (أن الدم ليس بواجب على الأمر المحصر لأنه يمكنه أن يصير حتى يزول الاحصار) أدرك الحج أولم يدركه ويفعل أفعال فائت الحج (وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه) وأما مسئلة الدين فالفرق أنه أمره بدفع مضمون على الأخذ وذلك ثابت وإن كان الأخذ ذاته وهذا لأن عين الدين لا يمكن دفعه بل دفع مال مضمون على القابض ثم يصير الضمان بالضمان قصاصاً وقد وقع ولم يفت لا مكان الرجوع عليه بعد العلم بالقضاء ولا يخفى أنه لم يقع الجواب عن قوله ما ليس في وسعه إيقاعه زكاة فكان المأمور به دفعه الى المصروف وقد وجد وكونه عزلاً حكماً له ما أن ينعمه لأنه موقوف على كون الامر صحيح بدفعه مقيداً بوقوعه زكاة وهو ممنوع وقد قيل أنه لما أمره بأداء الزكاة كان ناوياً بالها فلو بادراً الى الاداء وقع المأمور به فلما أخر حتى أدى الامر كان بتأخير متسبباً لوقوعها غير زكاة ولا يخفى ما فيه (قوله) وإذا أذن أحد المتفاوضين للآخر أن يشتري جارية ويطأها ففعل (وأدى جميع غنهما من مال الشراكة) فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة وقال لا يرجع عليه (نصيبه) شريكه (بنصف) ما أدى (لأنه أدى ديناً عليه من مال الشراكة) لأن الملك فيها له خاصة كطعام أهله (وله أن الجارية دخلت في الشراكة جرياً) على موجب المفاوضة (أذ لا يمكن تغييره فكان كحال عدم الاذن) ثم (الاذن) له بالوطء (يتضمن هبة نصيبه منه) إذ لا يحل إلا في ملك ولا يمكن إثباته بالبيع (الصادر من البائع لاحد الشريكين (المباينين) من عدم

البتات وأدى المشتري غنهما من مال الشراكة وكل ما دخل في الشراكة وأدى المشتري غنهما من مال الشراكة فإنه لا يرجع عليه صاحبه بشيء كما لو اشتراها قبل الاذن وأدى غنهما من مال الشراكة فإنه لا يرجع عليه بشيء وبين دخولها في الشراكة بقوله (جرياً على مقتضى الشراكة) أي شراكة المفاوضة فإن ذلك يقتضي دخول ما ليس بمستثنى كالطعام والكسوة فتحتمل وشراء الجارية ليس بمستثنى فيدخل تحتها لأنها لا يمكن تغيير مقتضى الشراكة مع بقائها ألا ترى أنهم الوشرط التفاوت بينهما في ملك المشتري لم يعتبر مع بقاء عقد الشراكة فإن قيل لو كانت واقعة على الشراكة كيف كان يحل وطؤها أوجب بأنه كان يحل وطؤها كما يحل إذا وهبه نصيبه بعد الشراء بغير إذن وقوله (غير أن الاذن يتضمن هبة نصيبه) استثناء من قوله فأشبهه حال عدم الاذن فإنه كان مما يوجبهم أن يقال كيف يشبه حال عدم الاذن وهناك لم يحل وطؤها وبعد الاذن

يحل فأزال ذلك بقوله غير أن الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لأن الوطء لا يحل إلا بالملك ولا وجه له إثباته بالبيع يعني لا يمكن أن يقال حل الوطء بناء على أنه اشتري جميعها لنفسه لما بيناه أنه يخالف مقتضى الشراكة يريد به ما ذكره آنفاً من قوله جرياً على مقتضى الشراكة فثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن فكانت له قال اشتري جارية بيننا وفيه هبة نصيبى منها لك جازت الهبة في الشائع لأن الجارية مما لا تقسم ملكهما

بمخلاف الطعام والكسوة حيث يقع للشترى خاصة لان ذلك مستثنى عنهم الضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا بناء عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضي ديننا عليهم ما ياتنا من ادخلت في الشركة وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعتق عبدك عني وإني كرمال فتعل لا يصير هبة عند أبي حنيفة ومحمد والعتق يقع عن الأمور (٣٧) لانتفاء القبض الذي هو شرط الهبة فكيف صار هبة فيما نحن فيه والثاني أن الملك يثبت في نصيب الشركة بالهبة حكما للاذن بالوطء والملك لا يثبت في الجارية بالهبة حكما للاحلال فان من قال لغيره أحلت لك وطء هذه الجارية لا تصير ملكا للمخاطب حكما للهبة بالاحلال والجواب عن الأول أن ذلك إنما لا يصير هبة لانتفاء القبض الذي هو شرطها وما نحن فيه ليس كذلك لانه يقبض بعد الشراء على الشركة وهو وكيل ثم يقبضه لنفسه وعن الثاني أن المصنف رحمه الله أشار الى ذلك بقوله في ضمن الاذن وجاز أن يثبت الشيء ثمتنا ولا يثبت فصد أقوله (والبائع أن يأخذ بالثمن أي ماشاء) ظاهر روايته سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب

### كتاب الوقف

(قوله وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعتق عبدك عني الخ) أقول المسئلة مذكورة في الأصول (قوله وعن الثاني أن المصنف أشار الى ذلك بقوله في ضمن الاذن وجاز أن يثبت الشيء

بمخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنهم الضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا بناء عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضي ديننا عليهم ما ياتنا (ولابائع ان يأخذ بالثمن أي ماشاء بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصارت كالطعام والكسوة

### كتاب الوقف

ملكهما اتغير مقتضى العقد ولان الشريك لعدم تعيين الثمن فكان هبة وان كان شائعا واستشكل بأنه لو ثبت الملك حكما للاحلال لكان قول الرجل للرجل أحلت لك وطء هذه الامه تخليكا لها منه وهو منتهى وأجيب بالفرق بأن الجارية المشتركة أقبل لملك الشريك لها من الجارية التي لا يملك المخاطب بالاحلال شققا منها ولذا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاء دون الاجنبي فأما من له حق التملك كالأب والجد فالرواية غير محفوظة في تملك الجارية بالاحلال

### كتاب الوقف

مناسبة بالشركة ان كلامهم ما يراد لاستبقاء الاصل مع الانتفاع بالزيادة عليه الا ان الاصل في الشركة مستبقى في ملك الانسان وفي الوقف يخرج عنه عند الاكثر ومحاسن الوقف ظاهرة وهي الانتفاع الدار الباقي على طبقات المحبوبين من الذرية والمحتاجين من الاحياء والموتى لما فيه من ادامة العمل الصالح كما في الحديث المعروف اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية الحديث ثم يحتاج الى تفسير اللغة وشرعا وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه وأما تفسيره لغة فالجس مصدر وقف وقف وقف جبهت قال عنتره

ووقفت فيما ناقسى فكانها \* فدن لا قضي حاجة المنلوم

وهو أحد ما جاء على فعلته ففعل يتعدى ولا يتعدى ويجمعان في قولك وقفت زيدا أو الجار فوقف وأما أوقفته بالهمزة فلغة رديئة وقال أبو الفتح ابن جني أخبرني أبو علي الفارسي عن أبي بكر عن أبي العباس عن أبي عثمان المازني قال يقال وقفت دارى وأرضى ولا يعرف أوقف من كلام العرب ثم اشترا المصنف أعنى الوقف في الموقوف فقبل هذه الدار وقف فلذا جمع على أفعال فقبل وقف وأوقاف كوقت وأوقات وأما شرعا فليس العين على ملك الواقف والنصدق بمنفعته أو صرف بمنفعته على من أحب وعندهما حبسها لا على ملك أحد غير الله تعالى الخ وقد انتظم هذا بيان حكمه وسيأتي تمامه فلا حاجة لافراد هنا أيضا وإنما قلنا أو صرف بمنفعته لان الوقف يصح لمن يحب من الاغنياء بلا قصد القرية وهو وان كان لابد في آخره من القرية بشرط التأيد وهو بذلك كالفقراء ومصلح المسجد لكنه يكون وقفا قبل انقراض الاغنياء بلا تصدق وسببه ارادة محبوب النفس في الدنيا بين الاحياء وفي الآخرة بالتقرب الى رب الارباب جل وعز وأما شرطه فهو الشرط في سائر التبرعات من كونه حرا بالغا قاصلا وان يكون منجرا غير معلق فلو قال ان قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين جاء ولده لا يصير وقفا وأما الاسلام فليس بشرط فالوقف الذي على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز ويجوز أن

### كتاب الوقف

ثمتنا ولا يثبت قصدا) أقول قد سبق نظير هذا الجواب من الشارح قبل ثلاث ورقات ونحن نقول فيه بحث فان الهبة اذا ثبت حكما للاحلال يكون ثبوته ثمتنا أيضا والأولى أن يقال ان الجارية المشتركة أقبل لملك الشريك لها من الجارية التي لا يملكها المخاطب بالاحلال شققا منها ولذا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاء دون الاجنبي

يعطى لمساكين المسلمين وأهل الذمة وإن خص في وقفه مساكين أهل الذمة جاز ويصرف على اليهود والنصارى والمجوس منهم إلا أن خص صنفاً منهم فليرد دفع القيم إلى غيرهم كأن ضامناً وإن قلنا إن الكفر كله ملة واحدة ولو وقف على ولده ونسله ثم للفقراء على أن من أسلم من ولده فهو خارج من الصدقة لزم شرطه وكذا إن قال من انتقل إلى غير النصرانية خرج اعتبر نص على ذلك الخصاص ولا نعلم أحداً من أهل المذهب تعقبه غير متأخر يسمى الطرسوسي شنع بأنه جعل الكفر سبب الاستحقاق والاسلام سبب الحرمان وهذا البعد من الفقه فإن شرائط الواقف معتبرة إذا لم يخالف الشرع والواقف مالك له أن يجعل ماله حيث شاء ما لم يكن معصية وله أن يخص صنفاً من الفقراء دون صنف وإن كان الوضع في كلهم قربة ولا شك أن التصديق على أهل الذمة قربة حتى جاز أن تدفع اليهم صدقة الفطر والكفارات عندنا فكيف لا يعتبر شرطه في صنف دون صنف من الفقراء رأيت لو وقف على فقراء أهل الذمة ولم يذكروا غيرهم أليس يحرم منه فقراء المسلمين وليرد دفع المتولى إلى المسلمين كأن ضامناً فهذا مثله والاسلام ليس سبباً للحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب تملكه هذا المال والسبب هو اعطاء الواقف المالك وشرط صحة وقفه أن يكون قربة عندنا وعندهم فلو وقف على بيعة مثلاً فاذا خربت يكون للفقراء كأن ابتداء ولو لم يجعل آخره للفقراء كان ميراثاً عنه نص عليه الخصاص في وقفه ولم يجعل خلافاً ومعلوم أن خلاف أبي حنيفة في الرضية فإنه انما شرط أن يكون قربة عندهم فقال صاحب المحيط الوقف كالرضية ولو أنكرفه شهد عليه ذميان عدلان في ملتهم قضى عليه بالوقف ولو وقف على أن يحج به أو يعتمر لم يجز لأنه ليس قربة عندهم بخلاف ما لو وقف على مسجد بيت المقدس فإنه يجوز لأنه قربة عندنا وعندهم وأما المرتد إذا وقف حال رده ففي قول أبي حنيفة هو موقوف إن قتل على رده أو مات بطل وقفه وقول محمد إذا انتحل ديناً جاز منه ما يجيزه لأهل ذلك الدين أما المرتد فأبو حنيفة يجيز وقفها لانه لا تقتل وأما المسلم إذا وقف وقفاً صحيحاً في أي وجه كان ثم ارتد يبطل الوقف ويصير ميراثاً سواء قتل على رده أو مات أو عاد إلى الاسلام إلا أن أعاد الوقف بعد عودته إلى الاسلام وحكي الخصاص في وقف المرتدين خلافاً بين أصحابنا مبتدعاً على الخلاف في الذي يتزندق به ودياً أو نصرانياً أو مجوسياً قال بعضهم أقره على ما اختاره وأقر الجزية عليه لاني أن أخذته بالرجوع فأنما أردته من كفر إلى كفر ولا أرى ذلك وقال بعضهم لا أقره على الزندقة وأما الصابئة فإن كانوا هرية يقولون ما يملكون إلا الدهر فهم صنف من الزنادقة وإن كانوا يقولون بقول أهل الكتاب صح من وقفهم ما يصح من أهل الذمة وجميع أهل الأهواء بعد كونهم من أهل القبلة حكمهم وقفهم ووصاياهم حكم أهل الاسلام ألا ترى إلى قول شهاداتهم على المسلمين فهذا حكمهم بالاسلامهم وأما الخطابية فأنما لم يقبلوا لأنه قيل اتهم يشهد بعضهم لبعض بالزور على من خالفهم وقيل لانهم يتدينون صدق المتدعي إذا حلف أنه محق ومن الشروط الملك وقت الوقف حتى لو غصب أرضاً فوقفها ثم اشتراها من مالكها ودفع عنها إليه أو صالح على مال دفعه إليه لا تكون وقفاً لأنه انما ملكها بعدان وقفها هذا على أنه هو الواقف أما لو وقف ضيقه غيره على جهات فبلغ الغير فأجازه جاز بشرط الحكم والتسليم أو عدمه على الخلاف الذي سنذكره وهذا هو المراد يجوز وقف الفضولي وستأتي فروغ آخر مبنية على هذا الشرط ومن شرطه أن لا يكون محجوراً عليه حتى لو جبر القاضي عليه أسفه أو دين فوقف أرضاً له لا يجوز لأن حجره عليه كي لا يخرج ماله عن ملكه ليضر بأرباب الديون أو بنفسه كذا أطلقها الخصاص وينبغي أن إذا وقفها في الحجر لئلا يسفه على نفسه ثم بلهجة لا تنقطع أن يصح على قول أبي يوسف وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل إذا حكم به حكم هذا وأما عدم تعلق حق الغير كالرهن والاجارة فليس بشرط فلو أجزأ أرضاً عامين فوقفها قبل مضيه لزم الوقف بشرطه فلا يبطل عقد الاجارة فإذا انقضت المدة رجعت الأرض إلى ما جعلها له من الجهات وكذا الورهن



مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هي أن المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال (٣٩) وهو مصدر وقف الدابة وقوفها ونفثها

أنا يتعدى ولا يتعدى ووقف  
الدار على المساكين وقفا  
وأوقفم الفقة رديئة وعرفه  
شمس الأعسة السرخسي  
رحمه الله بأنه حبس المالك  
عن التملك من الغير وسببه  
طلب الزليق وشروطه كون  
الوقف حرا بالغا غلا، وكون  
المحل غير منقول وركنه  
أرضي هذه صدقة  
موقوفة مؤبدة على المساكين  
وحكمه خروج الوقف أي  
الموقوف عن ملك الواقف  
وعدم دخوله في ملك  
الموقوف عليه وكلامه واضح

قال الاتقاني الوقف الحبس  
من قولهم وقف الدابة  
إذا منعته من السير قال  
صاحب الجهرسة الوقف  
مصدر وقف الدابة أو وقفه  
وقفوا وكذلك كل شيء حبسته  
وهو أحد ما جاء على فعلته  
ففعّل وقال ابن جني في  
شرح المتنبّي أخبرني أبو علي  
الفارسي عن أبي بكر عن  
أبي العباس عن أبي عثمان  
المازني قال يقال ووقف  
داري وأرضي ولا يعرف  
أوقف من كلام العرب  
انتهى وفي شرح الكاكي  
الوقف في الأصل مصدر  
وقفه إذا حبسه وقفوا ووقف  
بنفسه وقفاً يتعدى ولا  
يتعدى ومنه وقف أرضه  
على ولده لأنه حبس الملك  
عليه وقيل للموقوف وقف  
كقوله نسج البعثن وضرب

قال أبو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته فيقول إذا امت فقد  
وقف داري على كذا

أرضه ثم وقفها قبل أن يفتكها الزم الوقف ولا يخرج عن الرهن بذلك ولو أقامت سنين في يد المرحم  
خافسكها تعود إلى الجهة فإمات قبل الافتسك وترك قدر ما يملك به افتك ولزم الوقف وإن لم يترك وفاء  
بعت وبطل الوقف وفي الاجارة إذا مات أحد المتأجرين تبطل وتصير وقفاً وأما شرطه الخاص لخروجه  
عن الملك عند أي خنيفة الاضافة إلى ما بعد الموت وهو الوصية به أو أن يلحقه حكم به وعند أبي يوسف  
لا يشترط سوى كون المحل قابلاً له من كونه عقاراً أو داراً وعند محمد ذلك مع كونه مؤبداً مقسوماً غير  
مشاع فيما يحتمل القسمة ومسلماً إلى متول وأما ركنه فاللفاظ الخاصة كان يقول أرضي هذه صدقة  
موقوفة مؤبدة على المساكين ولا خلاف في ثبوته بهذا اللفظ بعد شروطه ولا بأس أن نسوق شيئاً من  
الالفاظ أرضي هذه صدقة أو قال تصدقت بأرضي هذه على المساكين لا تكون وقفاً بل نذراً يوجب  
التصدق بعينها أو بقيمة فإن فعل خرج عن عهدة النذر والأورث عنه كن عليه زكاة أو كفارة فبات  
بلا أيضاً تورث عنه وموقوفة فقط لا تصح إلا عند أبي يوسف فإنه يجعلها بمنزلة هذا اللفظ وقفاً على  
الفقراء وهو قول عثمان البتي وإذا كان مفيداً لخصوص المصروف أعني الفقراء لم يكره كونه مؤبداً لأن  
جهة الفقراء لا تنقطع قال الصدر الشهيد ومشايج يلحقون بقول أبي يوسف ونحن نفق بقله أيضاً  
لمكان العرف وبهذا يدفع رد هلال قول أبي يوسف بأن الوقف يكون على الغني والفقير ولم يبين فبطل  
لأن العرف إذا كان يصرفه للفقراء كان كالتنصيص عليهم فلو قال موقوفة على الفقراء صح عند هلال  
أيضاً زوال الاحتمال بالتنصيص على الفقراء بخلاف قوله محبوسة أو حبس ولو كان في حبس مثل هذا  
العرف يجب أن يكون كقوله موقوفة وكذا إذا قال للسبيل إذا تعارفوه وقفاً مؤبداً على الفقراء كان  
كذلك والأسئلة فإن قال اردت الوقف صار وقفاً لأنه محتمل لفظه أو قال اردت معنى صدقة فهو نذر  
فيه صدق به أو بيمينها وإن لم ينو كانت ميراثاً ذكره في النوازل وقال في قوله جعلتها للفقراء أن تعارفوه  
وقفاً فعل به والأسئلة فإن أراد الوقف فهي وقف أو الصدقة فهو نذر وكذا عند عدم النية لأنه أدنى فائباته  
به عند الاحتمال أولى واعترضه في فتاوى الخاصي بأنه لا فرق بينهما وذكر في أحدهما إذا لم تكن له نية  
يكون ميراثاً ولا يخفى أن كونه ميراثاً لا ينافي كونه نذراً لأن النذر ورثه إذا مات الناذر ولم يوف بنذره يكون  
ميراثاً لأنه اقتصر على تمام التفصيل في أحدهما والافلاشك أن في كل منهما إذا لم تكن له نية يكون نذراً  
فإن مات ولم يتصدق به ولا بقيته يكون ميراثاً ولو قال صدقة موقوفة فهلال وأبو يوسف وغيرهما على  
صحته لأنه لما ذكر صدقة عرف مصرفه وانتفى بقوله موقوفة احتمال كونه نذراً وكذلك حبس صدقة  
وكذلك صدقة محرمة قيل وصحرمه بمنزلة وقف وهي معروفة عند أهل الحجاز بخلاف ما لو قال حبس أو  
محبوسة موقوفة لأنه بمعنى موقوفة فكان كافر إذا لفظ موقوفة وفي النوازل لو قال جعلت نزل كرمي وقفاً  
وفيه ثمراً ولا يصير الكرم وقفاً وكذا لو قال جعلت غلته وقفاً تصحح الكلام ما أمكن كأنه قال جعلت  
كرمي بمافيه وقفاً وينبغي أن لا تدخل الثمار لما سنده كرمه ولو زاد فقال صدقة موقوفة على الفقراء ينبغي أن  
لا يختلف فيه كالأول قال مع ذلك مؤبداً وهو موضع اتفاق مجزى الوقف على أنها العبارة الواضحة إلا أن قوله  
في الأسرار ولو لم يقل مؤبداً كان وقفاً على قول عامة من يجيز الوقف يفيد أن فيه خلافاً ولا ينبغي أن التأييد  
أن يجعله في أول الأمر أو آخره لجهة لا تنقطع وجعله للفقراء يفيد ذلك وقوله موقوفة لله تعالى بمنزلة  
صدقة موقوفة (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم  
أي بخبر وجهه عن ملكه (أو يعلقه) أي يعلق الوقف (بموته فيقول إذا امت فقد وقف داري على كذا)

الأمير وجمع علي، أوقف كوقف وأوقفت (قوله وهو مصدر وقف الدابة وقوفها الخ) أقول فيه بحث لأن في مصدر وقف الدابة وقفها وقوفها  
على ما اعترف به لا وقفاً والحج باب أن مقصود ما نهى مصدر وقفها أن يوقف كوقف الدابة للتوطئة يدل على ذلك ذكر مصدره الأول دون الثاني

وقال أبو يوسف (يزول ملكه بمجرد القول وقد محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا يرسله إليه) قال  
رضي الله عنه الوقف لغة هو الحبس تقول وقف الدابة وأوقفها يعني وهو في الشئ ع عند أي حنيقة  
حبس العين على ملك الرافق والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة قاله تصديق  
بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلا عندده وهو الموقوف في الأصل والأصح أنه جائز عندده إلا أنه غير لازم  
بمنزلة العارية وعنددهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الوقف عنه إلى الله تعالى على  
وجه تعود منفعته إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث

وقال أبو يوسف (يزول بمجرد القول) الذي قد مناصحة الوقف به وقال محمد (لا يزول حتى يجعل للوقف  
متوليا يرسله إليه) بعد ذلك القول وبه أخذ مشايخ بخاري وأحمد بن حنبل عند أبي حنيفة قبل الحكم يكون  
موجب القول المذكور حبس العين على ملك الرافق والتصدق بالمنفعة وحقيقةه ليس إلا التصديق  
بالمنفعة ولقظ حبس إلى آخره لا معنى له لأن له بيعه متى شاء وملكه مستمر فيه كالموقوف بالتصدق بمنفعته فلم  
يحدث الوقف الأمسية التصديق بمنفعته وله أن يترك ذلك متى شاء وهذا القدر كان ثابتا له قبل الوقف  
بلاذ كر لفظ الوقف فلم يبدل لفظ الوقف شيئا وهذا معنى ما ذكر في المبسوط من قوله كان أبو حنيفة لا يميز  
الوقف وهو ما أراد المصنف بقوله (وهو الموقوف في الأصل) يعني المبسوط وحديثه فقول من أخذ بنظر  
هذا اللفظ فقال الوقف عند أبي حنيفة لا يجوز صحيح لأنه ظاهر أنه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن وإذا  
لم يكن له أثر رائد على ما كان قبله كان كالمعدوم والجواز والنفاذ والصحة فرع اعتبار الوجود ومعلوم  
أن قوله لا يجوز ولا يجب ليس المراد التناظر بل لفظ الوقف بل لا يميز الأحكام التي ذكر غيره أنها أحكام  
ذكر الوقف فلا خلاف إذن فأبو حنيفة لا يميز الوقف أي لا تثبت الأحكام التي ذكرت له إلا أن يحكم  
بها حكم وقوله بمنزلة العارية لأنه ليس حقيقة العارية لأنه لم يسله إلى غيره فظاهر وإن أخرجه  
إلى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفي لمنفعته **فرع** يثبت الوقف بالضرورة وصورته أن  
يوصى بغيره هذه الدار للساكنين أبدا وأقاله لابن بعده للساكنين أبدا فان هذه الدار تصير وقفا بالضرورة  
والوجه أنها كونه إذا مات فقد وقفت داري على كذا قال المصنف وعنددهما حبس العين على حكم  
ملك الله تعالى فيزول ملك الوقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد ولا يخفى أنه  
لا حاجة إلى سوى قولنا يزول ملكه على وجه يحبس على منفعة العباد لأن ملك الله في الأشياء لم يزل  
قط ولا يزال فالعبارة الجيدة قول قاضي بخاري إلا أن عند أبي يوسف ومحمد إذا صح الوقف يزول ملك الوقف  
إلى مالكه فيلزم ولا يملك وهذا هو الأصح عند الشافعي وأحمد وقال بعضهم وللشافعي قول وهو  
رواية عن أحمد بن حنبل إلى ملك الموقوف عليه إن كان أهلا للملك لا امتناع السائبة وعنددهما حبس  
العين على ملك الوقف فلا يزول عنه ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب وذكر بعض الشافعية  
أن هذا قول آخر للشافعي وأحمد لأنه صلى الله عليه وسلم قال حبس الأصل وسبل الثمرة أو هذا أحسن  
الاقوال فن خلاف الأصل والقياس ثابت في كل من القولين وهو خروجه إلى مالك وثبوت ملكه  
أو ملك غيره فيه مع منعه من بيعه وهبته وكل منهما له نظير في الشرع فن الأول المسجد وغيره ومن الثاني  
أم الولد يكون المالك فيه باقيا ولا يتبع ولا يورث وكذا المسمى بالمطلق عندنا فكل منهما يمكن أن  
يقع بالدليل ولا شك أن ملك الوقف كان متيقن الثبوت والمعلوم بالوقف من شرطه عدم البيع ونحوه  
فليثبت ذلك القدر فقط ويبقى الباقي على ما كان حتى يتحقق المزيل ولم يتحقق فإن الذي في الحديث في  
بعض الروايات تصديق بأصله مع أنه ليس على ظاهره ولا يخرج إلى مالك آخر ثم رأينا غيره بينه بقوله إن  
ثبتت حبست أصلها وتصديق بها أي بالثمرة أو الثمرة وظاهره حبسها على ما كان فلم يخلص دليل بوجوب  
الخروج عن الملك وكذا المعنى الذي استدلل به المصنف وهو قوله ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم

وما عرفه به أبو حنيفة رحمه  
الله يتمنى أن لا يصح الوقف  
لأنه قال والتصدق بالمنفعة  
والتصدق بالمعدوم لا يصح  
وقوله (وهو راجع) إلى  
قوله (فلا يجوز الوقف أصلا  
عنده) وهو الموقوف في الأصل  
يعني المبسوط ولكنه نقله  
بالمعنى لا بعينه لفظه فان لفظ  
المبسوط فأما أبو حنيفة  
فكان لا يميز ذلك ثم قال  
فمراده أنه لا يجعله لازما ما  
أصل الجواز فنثبت عنده  
كالعارية تصرف بالمنفعة  
إلى جهة الوقف وتبقى العين  
على ملك الرافق فله أن  
يرجع ويجوز بيعه ويورث  
عنه ولا يلزم الإطاريقين  
قضاء القاضي بلزومه ليكون  
مجتهدا فيه وأخرجه مخرج  
الرخصة بأن يقول أوصيت  
بغيره داري فحينئذ يلزم  
وعندهما هو حبس العين  
على حكم ملك الله تعالى  
فيزول ملك الوقف عنه إلى  
الله تعالى على وجه تعود  
المنفعة إلى العباد فيلزم ولا  
يباع ولا يورث

واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه حين أراد أن يتصدق بأرض له تدعى ثغع تصدق بأصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه ليصل ثوابه إليه على الدوام وقد أمكن دفع حاجته بإسقاط الملك وجعله لله تعالى

الوقف يفيد لزومه لا غير والحاصل أنه ثبت قوله صلى الله عليه وسلم لعمر تصدق وقوله حبس والمفهوم أن مختلفان لأن معنى تصدق بأصلها ملكة الفقير لله سبحانه ومعنى حبس أحبسه أي على ما كان ولا يمكن أن يراد به ما لا معنى أحدهما والا كان صلى الله عليه وسلم محببا لعمر رضي الله عنه في حادثة واحدة بأمرين متنافيين فإما أن يحمل حبس على معنى تصدق والاتفاق على نفيه فلا يقول واحد من الثلاثة بملك الفقير العين فوجب أن يحمل تصدق على معنى حبس وهو قول أبي حنيفة رحمه الله فيحبس على الملك شرعا وإذا حبس عليه شرعا امتنع بيعه وصورة حكم الحاكم الذي به نزول الملك عنده أن يسلمه إلى متول ثم يظهر الرجوع فيخاصمه إلى القاضي فيقضي القاضي بلزومه قالوا فإن خاف الواقف أن يبيعه قاض قبل أن يحكم به يكتب في صدك الوقف أن أبطله أو غيره قاض فهذه الأرض بأصلها وجميع ما فيها وصية من فلان الواقف تباع ويتصدق بمقتضاها لأنه إذا كتب هذا لا يخصم أحد في إبطاله لعدم الفائدة له في ذلك والوصية تحتل التعليق بالشرط وإذا أبطله قاض بصير وصية يعتبر من جميع ماله كذا في فتاوى قاض بخان وينبغي أن يكون هذا إذا وقف في صحته أما إذا كان وقف في مرضه فينبغي أن يعتبر من الثلث وعلى هذا التقدير فقد يكون في نقضه وبيعه فائدة للورثة فحمل ما ذكرنا لم يكن وقف في المرض أو كان فيه لكنه يخرج من الثلث (قوله واللفظ ينتظمهما) أي لفظ الوقف يصدق مع كل من زوال الملك وعدمه إذ ليس من مقتضيات لفظ وقف دارى أو حبسها خروجهما عن الملك فيصدق مع كل منهما فالترجيح أي ترجيح الخروج وعدمه بالدليل ولا يخفى أن الأدلة المذكورة من قبلهما إنما تفيد لزوم لا الخروج عن الملك ومن قبله تفيد نفي كل منهما فلا دليل من الجانبين يفيد تمام المطلوب ثم ابتدأ بدليلهما فاذا كر حديث ثغع وهو بالثناء المثلثة المفتوحة بعدها ميم ساكنة ثم غين معجمة وذكر الشيخ حافظ الدين أنه بلاثنتين للعبية والتأنيث وفي غايه البيان أنها في كتب غرائب الحديث الصحيحة عند الثقات متونا وغير متون كما في دعد قال محمد بن الحسن في الأصل أخبرنا صخر بن جويرة عن مولى عبد الله بن عمران عن عمر بن الخطاب كانت له أرض تدعى ثغع وقال كان نخلنا نفيسا قال فقال يا رسول الله اني استفدت مالا هو عندي نفيس أفأصدق به قال فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته قال فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب والضيف والساكنين وابن السبيل ولذي القربى منه ولا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يؤثّر كل صدقة غير متمول فيه وحديث عمر هذا في الصحيحين وباقي الكتب الستة عن ابن عمر قال أصاب عمر أرضا بخير فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال أصبب أرضا لم أصب مالا قط أنفوس منه فكيف تأمرني به قال إن شئت حبست أصلها وتصدق بها فتصدق بها عمر لا يباع أصلها ولا يورث ولا يوهب في الفقراء والقريب والرقاب وفي سبيل الله والضيف الحديث وفي بعض طرق البخاري فقال عليه الصلاة والسلام تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته ثم استدل بالعنى وهو قوله ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف لحاجته إلى أن يصل ثوابه إليه على الدوام وقد أشار الشرع إلى أعمال ما يدفع هذه الحاجة فيما روى الترمذي بسنده إلى أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية وعلم ينفق به وولد صالح يدعو له ولا طريق إلى تحقيق دفع هذه الحاجة وأثبت هذه الصدقة الجارية إلا لزومه وتقرير المصنف بأنه تحقق حاجة استمرار وصول ثوابه ويمكن بإسقاط ملكه فيسقط ظاهرا المنع اذ لم يتعين لذلك سقوط الملك نظرا ليقابل بتحقيق بالحكم

(قوله واللفظ) أي لفظ الوقف ينتظمهما أي يتناول ما قاله أبو حنيفة هو حبس العين على ملك الواقف وما قاله وهو حبس العين على ملك الله تعالى انتظاما واحدا من غير ترجيح فلا بد من دليل مرجح ثم ابتدأ ببيان دليله ما يقوله لهما قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه روى صخر بن جويرة عن نافع أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كانت له أرض تدعى ثغع وكانت نخلنا نفيسا فقال عمر يا رسول الله اني استفدت مالا هو عندي نفيس أفأصدق به قال تصدق بأصله لا يباع ولا يورث ولكن لينفق من ثمرته فتصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله وفي الرقاب والضيف والساكنين وابن السبيل ولذي القربى منه ولا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يؤثّر كل صدقة غير متمول عنده وهذه الأرض كانت سهم عمر رضي الله عنه بخير حين قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بين أصحابه وثغع لقب لها وهي بفتح التاء المثلثة وسكون الميم والغين المعجمة

وقوله (أذله نظير في الشرع وهو المسجد) لبيان نفي استبعاد أن يخرج من ملك الواقف ولا تدخل في ملك غيره فان اتخذ المسجد لازم بالانفاق وهو أخرج لتلك البقعة عن ملكه من غير أن تدخل في ملك أحد ولكنما تصير محبوسة لا نوع قريبة قصد لها فكذلك في الوقف ولا يبي حنيفة قوله (عليه الصلاة والسلام) (٤٢) لأحبس عن فرائض الله) أي لا مال يحبس بعد موت صاحبه من القسمة بين

ورثته لكنهم يجعلون هذا الأثر على ما كان عليه أهل الجاهلية من الجيرة والسائبة والوصيلة والحامى ويقولون الشرع أبطل ذلك كله ولكننا نقول التكررة في موضع النفي ثم فتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث إلا ما قام عليه دليل وقوله (جاء محمد ببيع الحبس) يدل على أن لزوم الوقف كان في أربعة من قبلنا وإن شريعتنا نسخة لذلك وقوله (كالسائبة) هي النافقة التي تسبب لنذروا وكان الرجل يقول إذا قدمت من سفري أو برئت من مرضي فناقني سائبة ومعناه أن الوقف بمنزلة تسبب أهل الجاهلية من حيث إن العين لا تخرج من أن تكون مملوكة له منتقاة بما أفاضه لوسبب دابته لم يخرج عن ملكه فكذا إذا وقف أرضه أو داره وقوله (بمخلاف الاعتاق) جواب عما يقال لو كان إزالة الملك لا إلى مالك غير مشروع لما جاز العتق فانه إزالة الملك الثابت في العبد من غير تملك لأحد وقوله (وبمخلاف المسجد) جواب عن قياسهم الوقف على المسجد

أذله نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولا يبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام لأحبس عن فرائض الله تعالى وعن شرح جاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبس لأن الملك باق فيه بدليل أنه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف لا ترى أن له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته إلى مصارفها ونصب القوام فيها إلا أنه يتصدق بمنافعه فصار شبهه العارية ولا يهتاج إلى التصديق بالفساد دائماً ولا تصدق عنه إلا بالبقاء على ملكه ولا يهتاج إلى مال له غيره مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لأنه أتلف وبخلاف المسجد لأنه جعل خالصاً لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصرف خالصاً لله تعالى

يلزومه فلم يلزم زوال الملك من هذا المعنى فلا يصدق فيما ربحناه من الأقوال فيما مضى ثم على تقريرنا يحصل مطلوبهم ما لانه اذا تمت الدلالة على لزومه خرج عن ملكه بموافقتنا لهما على ذلك لا اعتقاد الائمة الثلاثة رجهم الله التلزام بين الزوم والخروج عن ملكه وقوله كالمسجد نظير ما خرج عن الملك بالاجماع لا إلى مالك وكذا الاعتاق وسبب بالفرق بين المسجد والعتق ومطلق الوقف (قوله وله) أي لا يبي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لأحبس عن فرائض الله أسند الطحاوى في شرح معاني الآثار إلى عكرمة عن ابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعدما أنزلت سورة النساء وأُنزل فيه الفرائض نهى عن الحبس وروى هذا الحديث الدارقطني وفيه عبد الله بن لهيعة عن أخيه وضعفوه ما ورواه ابن أبي شيبه موقوفاً على عنى حدثنا شمس عن اسمعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال قال علي رضي الله عنه لأحبس عن فرائض الله إلا ما كان من سلاح أو كراع وينبغي أن يكون له هذا الموقوف حكم المرفوع لانه بعد أن علم ثبوت الوقف ولهذا استثنى الكراع والسلاح لا يقال الاستماع والافلا محل والشعبي أدركه علياً وروايته عنه في البخاري ثابتة وأما حديث شرح فرواه ابن أبي شيبه في البيوع حدثنا وكيع وابن أبي زائدة عن مسعر عن ابن عوف عن شرح قال جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبس وأخرجه البيهقي وشرح من كبار التابعين وقد رفع الحديث فهو حديث مرسل يوجب به من يوجب بالمرسل (قوله ولأن الملك الخ) ظاهره مصادرة لمعامله الدعوى جزء الدليل والاولى أنه امتداد كره ليصل الدليل بالدعوى وتقر به أن حقوق العباد لم تنقطع عنه حتى جاز الانتفاع به زراعة وسكنى لغیر الواقف وتعلق حقوق العباد بالعين إثر ثبوت ملكهم فيها على ما هو الأصل فاما أن يكون ذلك الملك لغير الواقف أوله وانفقنا على أنه لا يكون ملكاً لغيره من العباد فوجب أن يكون ملكاً للواقف وكذا الاستيضاح بنصب القوام وصرف غلاته بحسب الأصل يكون عن ملكه العين الآن بوجوب موجب لا مرد له خروجه عن ملكه وإن تصرفه بولاية غير الملك ولم يثبت ذلك ثم شرع في الفرق وحاصله أن المسجد جعل لله تعالى على الخلوص محرراً عن أن يملك العباد فيه شيئاً غير العبادة فيه وما كان كذلك يخرج عن ملك الخلق أجمعين أصله الكعبة والوقف غير المسجد ليس كذلك بل ينتفع العباد بعينه زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالملوك وما كان كذلك ليس كالمسجد فيلحق بالكعبة كما ألحق المسجد به أو أيضاً قضية كون الخصال منه صدقة دائمة عن الواقف أن يكون ملكه باقياً إذا تصدق بلاملك فاقضى قيام الملك فاما الاعتاق فانلاف للملوك بالكعبة وليس الوقف كذلك وجواب شمس الائمة أن الأذى خلق ما كان غير مملوك وإنما عرض فيه المملوكية وبالاعتاق يعود إلى ما كان بخلاف ما سواه لانهم اخلقت لتملك فبالوقف لا تعود إلى

قال المصنف (ولملك فيه للواقف ألا يرى أن له ولاية التصرف) أقول ومعنى الملك على ما سيجي من الشراح في أول البيوع هو القدرة على التصرف شرعاً في المثل (قوله إلا ما قام عليه دليل) أقول كإرضية



وقوله (قال في الكتاب) يعني مختصر القدوري لا يزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته صورة الحكم أن يسلم الواقف ما وقفه إلى المتولي ثم يردان يرجع عنه فينازعه بعد لزوم فيختصمان (٤٣) إلى القاضي فيقضى بلزومه بقوله (فالصحيح أنه لا يزول ملكه) يعني أن

قال رضى الله عنه قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم الصحيح لأنه قضاء في محتم دفعه أما في تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه اختلاف المشايخ ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح أنه لا يلزمه عند أبي حنيفة وعندهما يلزمه إلا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال

أصل هو عدم الملوكة بل إلى الحبس على ملكه والتصدق بالمنفعة وهذا حق ويؤيد ما اخترناه من عدم الخروج عن ملكه لكن أبا حنيفة يجعل عدم الخروج ملزوما لعدم لزومه صدقة أو برا وليس كذلك بل هما متفكان كما ذكرنا من أم الولد والمدير والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه لأن الأحاديث والآثار متظافرة على ذلك قولا كما صح من قوله عليه الصلاة والسلام لا يباع ولا يورث إلى آخره وتكرر هذا في أحاديث كثيرة واستقر عمل الأمة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك أولها صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم صدقة أبي بكر وعمر وعثمان وعلي والزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة وأسماء وأختها وأم سلمة وأم حبيبة وصفيّة بنت حيي وسعد بن أبي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله وعقبة ابن عامر وأبي أروى الدوسي وعبد الله بن الزبير كل هؤلاء من الصحابة ثم التابعين بعدهم كما به روايات ونوارث الناس أجمعون ذلك فلا تعارض بعمل الحديث الذي ذكره على أن معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحامى ونحوه وبالجملة فلا يبعد أن يكون إجماع الصحابة العملي ومن بعدهم متوارثا على خلاف قوله فالذا ترجح خلافه وذكر بعض المشايخ أن الفتوى على قولهما (قوله) وأما تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم) وأن لم يخرج عن ملكه لأنه بمنزلة الأصل لا يتصور التصرف فيه يبيع ونحوه لما يلزم من إبطال الوصية وعلى هذا فله أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا وانما يلزم بعدم موته وانما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق الوقف والوقف لا يقبل التعليق بالشروط ولذا قال إذا مات من مرضى هذا فقد وقفت أرضي إلى آخره فمات لم تصرف وقفا وله أن يبيعها قبل الموت بخلاف ما لو قال إذا مات فاجعلوها وقفا فإنه يجوز لأنه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه وهذا لأن الوقف بمنزلة تعليم الهبة من الموقوف عليه والتملكات غير الوصية لا تتعلق بالخطر ونص محمد رحمه الله في السير الكبير أن الوقف إذا أضيف إلى ما بعد الموت يكون باطلا أيضا عند أبي حنيفة وعلى ما عرفت بأن صحته إذا أضيف إلى ما بعد الموت يكون باعتبار وصية قالوا لو قال دارى هذه موقوفة على مصالح مسجد كذا بعد موتى صح وله الرجوع لأن الوقف بعد الموت وصية والوصية يصح الرجوع عنها أما لو قال إن قدم ولدى فعلى إن أقف هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو نذر يجب الوفاء به فان وقته على ولده وغيره ممن لا يجوز دفعه كانه إلهيم جاز في الحكم ونذره باق وان وقته على غيرهم سقط لأن غيرهم ليس بمنزلة نفسه وتعيين المعطى له النذر لغو فصار الثابت النذر بالوقف فجاز على كل من ليس كنفسه فإن قلت ينبغي أن لا يصح النذر بالوقف لأنه ليس من جنسه واجب قلت بل من جنسه واجب فإنه يجب أن يتخذ الإمام للمسلمين مسجدا من بيت المال أو من مالهم إن لم يكن لهم بيت مال ولو قال إن شئت ثم قال شئت كان باطلا للتعليق أما لو قال شئت وجعلته صدقة صح بهذا الكلام المتصل بخلاف ما لو قال إن كانت هذه الدار في ملكي فهي صدقة موقوفة فظهر أنها كانت في ملكه وقت التسليم فأنها نصير وقفا لأنه تعليق على أمر كائن والتعليق على أمر كائن تقييد والمراد بالحاكم يعني في قوله أو يحكم به الحاكم القاضي وأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ والصحيح أنه لا يرفع الخلاف للقاضي أن يبطل الوقف بعد حكمه (قوله) ولو وقف في مرض الموت قال الطحاوي هو كالوصية بعد الموت) حتى يلزم

منه في مرضه كالأبجوز في صحته ثم قال وهو الصحيح على أصوله وقال المصنف والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة لأن إلباسه في المرض كإلباسه في الصحة حتى لا يلزم ولا يمنع الإرث كالعارية وعندهما يلزم إلا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال

وأذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف وهو قول الشافعي بمنزلة الاعتناق لانه اسقاط الملك وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولى لانه حق الله تعالى وانما ثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التملك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعاً لغيره فيأخذ حكمه فينزول بمنزلة الزكاة والصدقة

بعد الموت لان تصرفات المريض مرض الموت في الحكم كإضافه الى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلث ماله والحيح انه لا يلزم عند أبي حنيفة الا أن يحكم به فله بيعه ويورث عنه اذ اقامات قبل الحكم الا أن تجيز الورثة وعندهما يلزم الا أنه من الثلث لتعلق حق الورثة بخلافه في الصحة وفي فتاوى قاضيان من رض وقف وعليه ديون تحيط بماله يباع وينقض الوقف كالوقف دار اثم جاء الشفيع مكانه أن يأخذها بالشفعة وينقض الوقف انتهى من غير تقييد يكون ذلك قبل الحكم وهذا بخلاف ما لو وقف المدينون الححيح وعليه ديون تحيط بماله فان وقفه لازم لا ينقضه أرباب الديون اذا كان قبل الخبر بالاتفاق لانه لم يتعلق حقهم بالعين في حال صحته (قول) وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف وهو قول الأئمة الثلاثة وقول أكثر أهل العلم لانه اسقاط الملك كالعتق وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولى لان الواقف أن يجعله لله فيصير حقه الله وانما ثبت مسما في ضمن التسليم للعبد وهذا لان الوقف تملك لله تعالى (والتمليك منه وهو مالك لجميع الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يتحقق تبعاً لغيره فيأخذ حكمه فينزول بمنزلة الزكاة والصدقة) المنجزة ولا يخفى ان التملك لله تعالى لا يتحقق لامقصودا ولا تبعاً لانه تحصيل الحاصل المستمر ثم لا موجب لاعتباره حتى يحتاج الى تكلف توجيهه لان غاية ما يوجب الدليل إخراج ملك الملك عند الوقف لا الى أحد وتوجه الخطاب بصرف غلته الى من وقف عليه أو توجه الخطاب بذلك مع بقاء الملك فاذا فعل خرج من عهده الواجب كما هو في سائر الواجبات المالية من غير زيادة تكلف اعتبار آخر نعم يمكن أن يلاحظ التسليم الى المستحق تسليمه اليه تعالى كأنه تعالى جعله نائبه في قبض حقه وذلك بقبض المستحق لا المتولى كالأزكاة ويمكن أن لا يلاحظ شيء من ذلك بل المقصود ليس الافعل ماوجب بالوقف فلذا كان قول أبي يوسف أوجه عند المحققين وفي المنية الفتوى على قول أبي يوسف وهذا قول مشايخ بل وأما البخاريون فأخذوا بقول محمد رحمه الله كما تقدم وفي المبسوط وكان القاضي أبو عاصم يقول قول أبي يوسف من حيث المعنى أقوى الا انه قال وقول محمد أقرب الى موافقة الآثار يعني ما روي أن عمر جعل وقفه في يد حفصة وغير ذلك ورده في المبسوط بأنه لا يلزم كونه فعلاً ليمت الوقف بل لشغله وخوف التقصير في أمره وكذا جميع من ينصب المنولين لا يخطر له غير تفرغ نفسه من أمره وأما قول محمد رحمه الله ولم يتم قبل التسليم الى المتولى صارت يد الواقف مستحقة عليه والتبرع لا يصلح سبب الاستحقاق على المتبرع جوابه منع ذلك بان التبرع بالسبب الموجب لخروج ما في يده يوجب عليه استحقاق يده كعتق العبد الكائن في يده سيده المعتق له والناذر بالعين الكائنة في يده هي وقيمتها يوجب عليه إخراج أحدهما من يده وهذه أمور شرعية لا عقلية ومما بقي على هذا الخلاف ما ذكر من ان الواقف اذا شرط الولاية في عزل القوام والاستبدال بهم لنفسه ولولاده وأخرجه من يده وسلمه الى متول فيهذا اجاز نص عليه في السير الكبير لان هذا شرط لا يتحل بشرائط الوقف ولو لم بشرط ذلك لنفسه وأخرجه من يده الى قيم قال محمد لا ولاية له والولاية للقيم وكذا الوثام وله وصي فلا ولاية لوصيه والولاية للقيم ولو أراد الواقف أن يعزل القيم ويرده لنفسه أو يولي غيره ليس له ذلك وقال أبو يوسف الولاية للواقف وله أن يعزل القيم في حياته ويولي غيره أو يرد النظر الى نفسه واذا مات الواقف بطل ولاية القيم لانه بمنزلة الوكيل عنده وهذا الخلاف بناء على ان عند محمد لا يصح الوقف الا بالتسليم الى القيم فلا يكون للواقف ولاية وعند أبي يوسف بدون التسليم الى القيم يتم الوقف فاذا سلم الى قيم كان وكيله وله أن

(قوله وقد يكون تبعاً لغيره فيأخذ حكمه) أي ثبت التملك من الله تعالى ضمناً للتمليك من غير الله تعالى وإن كان لا يثبت التملك من الله تعالى قصداً فيأخذ التملك من الله تعالى حكم التملك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض (قوله فينزول بمنزلة الزكاة والصدقة) يعني ينزل التملك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم الى العبد بمنزلة تملك المال من الله تعالى في الزكاة حيث يتحقق التملك منه في ضمن التسليم الى الفقير

قال (واذا صح الوقف على اختلافهم) أي اذا صح الوقف على ما اختلف فيه المشايخ من حيث انه يصح عند هب أو لا يصح عند أبي حنيفة على ما هو الملقوف في الاصل والاصح الصريح عند الكل خرج عن ملك الواقف يعني على قول أبي يوسف ومحمد ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لأنه لو دخل في ملكه جازله اخرجه من ملكه كسائر أملاكه ولما انتقل الى من بعده من شرطه الواقف لكن ليس كذلك بالاتفاق وقوله (يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره) اعترض عليه بأنه قد كره قبل هذا لا يزول ملك الواقف الا أن يحكم به الحاكم وهذا الاستثناء انما يحتاج اليه على قول أبي حنيفة في حق زوال الوقف عن ملك الواقف وأما على قولهما فإن الملك يزول بدون حكم الحاكم ثم الدليل الصحيح يقتضي عدم جواز الخروج عن الملك لان الخروج يقتضي أن لا يصح شرطه في صرف الغلة كما اذا اعتق عبده بشرط أن يصرف غلته الى كذا أو جعل أرضه مسجدا بشرط أن يصلى فيه فلان دون فلان فإن التصرف في غير ملكه غير صحيح والجواب عن الاول انما ذكره في الكتاب ههنا انما هو في الصحة وما ذكره قبل هذا فانما هو في لزوم والصحة لا تستلزم اللزوم فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف اذا صح الوقف قولهم - ما لا قول أبي حنيفة الا اذا حكم به الحاكم فانه حينئذ يكون خروج الوقف عن ملك الواقف قول الكل سلما أن الصحة ههنا بمعنى اللزوم ولكن لا يلزم من اللزوم الخروج عن (٤٥) ملك الواقف عند أبي حنيفة لان الوقف عنده

معرف بحس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وذلك يمنع عن الخروج لا محالة وعن الثاني بان خروج الملك الى الله تعالى قربة لا يمنع التصرف فيه من خروج عنه الا ترى ان القربان تصير بالارادة الى الله تعالى ثم ان صاحبه يتصرف فيه بالاكل والاطعام والتصدق به بتولية الشرع لكونه المتقرب به فجاز أن يكون أمر الواقف كذلك بخلاف العبد فإنه يصير مالك المنفعة فلا يعمل فيه تصرف غيره وأما المسجد فالاصل التكعبة والمسجد الحرام فيه سواء العاكف والمباد فعلمنا أن الله تعالى لم يول التخصيص الى الذي جعله مسجدا وانما لحقه

قال (واذا صح الوقف على اختلافهم) وفي بعض النسخ واذا استحق مكان قوله اذا صح (خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه) لأنه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بعده كسائر أملاكه ولانه لو ملكه كما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر أملاكه قال رضى الله عنه قوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره قال (وقف المشاع جائز عند أبي يوسف) لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تنتمه وقال محمد لا يجوز لان أصل القبض عنده بشرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة وما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشروع عند محمد أيضا لانه يعتبر بالهبة والصدقة

يعزله وينعزل بموته الا اذا جعله قريبا في حياته وبعد موته وكذا يمتنع عليه ما لو قال هذه الشجرة للمسجد لا نصير للمسجد حتى يسلمها الى قيم المسجد (قوله واذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه) وهذا مذهب عامة علماء الامصار الا في قول عن الشافعي وأحمد انه يدخل في ملك الموقوف عليه اذا كان أهلا للآل الله لا يباع ولا يملك والمختار الاول لأنه لو دخل في ملكه لم ينتقل عنه بشرط المالك الذي هو الواقف لانه لا ملك له فيه لكنه ينتقل للاجتماع على صحة قوله ثم بعد فلان على كذا ثم قال المصنف وقوله أي القدوري (خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما) لان الصحة غير اللزوم وهو لم يقل اذا لزم خرج عن ملك الواقف ليكون على قول الكل بل قال اذا صح وصحة العقد لا تستلزم اللزوم بل تختلف باختلاف أحكام العقود فقد يكون عقد حكمه اللزوم كالبيع والابارة وقد يكون حكمه غير اللزوم كالعارية والظاهر انه تجوز بالصحة عن اللزوم (قوله وقف المشاع جائز عند أبي يوسف) وعند محمد لا يجوز والخلاف مبني على الخلاف في اشتراط تسليم الوقف فلما شرطه محمد قال بعدم صحة المشاع (لان القسمة من تمام القبض) ولا بد من القبض فوجب وعند أبي يوسف

بالمسجد الحرام والتكعبة (قوله لان القسمة من تمام القبض) بيانه أن القبض للحيازة والحيازة فيما يقسم انما هي بالقسمة (قوله وقف المشاع جائز عند أبي يوسف) لا خلاف بينهما أن القسمة فيما يقسم من تمام القبض وانما الخلاف بينهما في أن أصل القبض شرط أو لا عند أبي يوسف ليس بشرط فكذا انما هو وعند محمد بشرط فكذا انما هو وأما فيما لا يقسم فمحمد أيضا يجوز ويعتبر كالهبة والصدقة

قال المصنف (وقوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره) أقول يجوز أن يكون المراد بالصحة الصحة المستقرة بقرينة الاطلاق فان ما هو على شرف الزوال كأنه ليس بوجوده بقرينة النسخة الاخرى فان الاستحقاق بعد الصحة المستقرة فيكون ذلك قول أبي حنيفة أيضا فليتلأمل (قوله سلما أن الصحة ههنا بمعنى اللزوم) أقول فيه تأمل اذ حينئذ يشكل أمر الاستثناء وقوله الآن يحكم به حاكم لا ينبغي (قوله وذلك يمنع عن الخروج لا محالة) أقول لا نسلم ذلك فانه يجوز أن يكون المعروف هو المعنى المصدري أعني احداث الوقف وانشاءه أو يكون المعروف هو حقيقة الوقف بدون مخالطة أمر آخر من حكم الحاكم فليتلأمل (قوله وعن الثاني بأن خروج الملك الخ) أقول فيه بحث فانهم عرفوا الملك بالقدرة على التصرف في المحل شرعا فلو صح ما ذكره لانتقض تعريف الملك ويجوز أن يجاب على محطته قوله بتولية الشرع بأن يرد بالقدرة القدرة الأصلية لا القدرة المستفادة كقدرة الوكيل بالبيع وشحوه

المنفعة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة أيضا عند أي يوسف لان بقاء  
الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهاياة فيها في غاية الفج بان يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنه ويصلى  
فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف لا مكان الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل  
ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد لان الشيوع مقارن

لا يشترط قبض المتولى فلا يشترط ما هو من تمامه فمن أخذ بقول أي يوسف في خروجه بمجرد اللفظ وهم  
مشايخ بلج أخذ بقوله في هذه ومن أخذ بقول محمد في ذلك وهم مشايخ بخاري أخذ بقوله في وقف المشاع  
وأما الحاق محمد رحمه الله بالهبة والصدقة (المنفعة) أي المنجزة في الحال فانها لا تكون مشاعا فكذا  
الصدقة المستمرة ففرق أبو يوسف بان اشتراط القبض في تنكك لما فيها من التملك للغير وأما الوقف  
فليس فيه تملك من الغير حتى يشترط قبضه وانما هو اسقاط الملك بلاملك فلا يراد العتق والطلاق فلا  
موجب لاشتراط القسمة فيه والحاصل ان المشاع اما أن يحتمل القسمة أو لا يحتملها ففما يحتملها  
أجاز أبو يوسف وقفه الا المسجد والمقبرة والخان والسقاية ومنعه محمد رحمه الله مطلقا وفيما لا يحتملها  
انفقوا على اجازة وقفه الا المسجد والمقبرة فصار الاتفاق على عدم جعل المشاع مسجدا أو مقبرة مطلقا أي  
سواء كان مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها والخلاف مبنى على اشتراط القبض والتسليم وعدمه فلما  
لم يشترطه أبو يوسف أجاز وقفه ولما شرطه محمد منعه لان الشيوع وان لم يمنع من التسليم والقبض  
الأتري أن الشائع كان مقبوضا للمالكه قبل أن يقفه لكن يمنع من تمام القبض فلذا منعه محمد رحمه الله  
تعالى عند امكن تمام القبض وذلك فيما يحتمل القسمة فانه يمكن أن يقسم أولا ثم يقفه وانما أسقط  
اعتبار تمام القبض عند عدم الامكان وذلك فيما لا يحتملها لانه لو قسم قبل الوقف فأت الانتفاع كالبيت  
الصغير والحمام فاكفى بتحقيق التسليم في الجلة وانما تنفقوا على منع وقف المشاع مطلقا مسجدا ومقبرة  
لان الشيوع يمنع خلوص الحق لله تعالى ولان جواز وقف المشاع فيما لا يحتمل القسمة لانه يحتاج فيه  
الى التباين والتباين فيه يؤدي الى امر مستعجب وهو أن يكون المكان مسجدا سنة واصطبلا للدواب سنة  
ومقبرة عام أو من رعة عام أو مبيضة عام أو أما النباش فليس بلازم من المهاياة بل ليس للشرىك ذلك ثم فيما  
يحتمل القسمة اذا قضى القاضي بحكته وطلب بعضهم القسمة لا يقسم عند أي خنيقة وينتهيون  
وعندهما يقسم وأجمعوا ان الكل لو كان وقفا على الارباب وأرادوا القسمة لا يجوز وكذا التباين وعليه  
فرع ما لو وقف داره على سكنى قوم بأعيانهم أو ولده ونسله ما تناسلوا فاذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين  
فان هذا الوقف جائز على هذا الشرط واذا انقرضوا تكرر ووضع غلتها للمساكين وليس لأحد من  
الموقوف عليهم السكنى أن يكرهها ولو زادت على قدر حاجة سكانهم له الاعارة لا غير ولو كثروا ولدها هذا  
الواقف وولده ونسله حتى ضاقت عليهم الدار ليس لهم الاسكانها تنقسط على عدددهم ولو كانوا كورا  
وانا فان كان فيها حجر ومقاصير كان للذكر ان يسكن وانساءهم معهم وللاناث أن تسكن أزواجهن  
معهن وان لم يكن فيها حجر لا يستقيم أن تقسم بينهم ولا يقع فيها مهاياة انما سكناء لمن جعل له الواقف ذلك  
للاغيرهم ومن هذا يعرف ان لو سكن بعضهم فلم يجد الاخر موضعا يكفيه لا يستوجب أجرة حصته على  
السكن بل ان أحب أن يسكن معه في بقعة من تلك الدار بلا زوجة أو زوج ان كان لأخذه ذلك  
والا ترك المتضيق وخرج أو جلسوا معا كل في بقعة الى جنب الآخر والاصل المذكور في الشروح  
والفرع في أوقاف الخصاص ولم يخالفه أحد فيما علمت وكيف يخالف وقد نقلوا اجاعهم على الاصل  
المذكور ولو اقتصموا على الواقف للمشاع وشريكه على القول بلزوم القسمة بعد القضاء وقبله على قول  
أي يوسف فوقع نصيب الواقف في محل مخصوص كان هو الوقف ولا يجب عليه أن يقفه تابعا (قوله)  
ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه (يعنى شائعا) (بطل الوقف عند محمد رحمه الله) لان بالا استحقاق

المنفعة أي الصدقة الخاصة  
المسجلة الى الفقير وهو  
احتراز عن الصدقة الموقوفة  
وهي فيما نحن فيه (قوله الا  
في المسجد والمقبرة) استثناء  
من قوله ووقف المشاع جائز  
عند أي يوسف فانه لا يتم  
مع الشيوع فيما لا يحتمل  
القسمة بان كان الموضع  
صغيرا لا يصلح لما اراده  
الواقف من اتخاذ المسجد  
والمقبرة على تقدير القسمة  
والحاصل ان جعل المسجد  
والمقبرة في المشاع الذي  
لا يحتمل القسمة لا يجوز  
أصلا لا قبل القسمة وهو  
حال كونه مشاعا ولا بعدها  
أما قبلها فان بقاء الشركة  
يمنع الخلوص على ما سيجيء  
وأما بعدها فلان فرض  
المسئلة فيما اذا كان الوضع  
غير صالح لذلك لصغره فبقى  
أن يكون بطريق المهاياة  
والمهاياة فيها في غاية الفج  
الخ ما ذكره في الكتاب  
وهو ظاهر



قال (ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع مثل أن يقول على وكذا كذا ثم على فقراء المسلمين حيثما وجدوا مثلاً وقال أبو يوسف إذا سمي جهة تنقطع مثل أن يقف على أولاده أو على أمهات أولاده جاز وصار بعدها الفقراء وإن لم يستهم لهم أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك يعني لا إلى مالك وكل ما كان زوال الملك بدون التملك فانه يتأبد كالعتق فوجب الوقف يتأبد وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه أي على الوقف مقتضاه (٤٧) ولهذا كان التوقيت مبطلاله لأنه ينافي موجبيه

كالوقوف في البيع قيل في كلام المصنف رحمه الله تناقض على قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه ذكر في أول كتاب الوقف أن الوقف عنده حبس العين على مالك الواقف فكان موجهه عزم زوال الملك عن الواقف ثم قال هنا موجهه زوال الملك وأجيب بأن هذا قول محمد ورواية عن أبي حنيفة والمذكور في أول الكتاب هو قول أبي حنيفة في رواية عنه أخرى فيكون عنه في المسئلة روايتان وقيل أراد ههنا ما إذا حكم الحاكم ب صحة الوقف ولزمه حينئذ يخرج الوقف عن ملك الواقف بالاتفاق وهذا أوفق وأقول هذا ليس بمناسب لما تقدم من قول المصنف يجب أن يكون قولهم على الوجه الذي سبق تقريره ولا يوجب أن المقصود من الوقف هو التقرب إلى الله تعالى وهو موفر عليه فيما إذا جعل على جهة تنقطع لأن التقرب إلى الله تعالى تارة في الصرف إلى جهة تنقطع وأخرى إلى جهة تتأبد فيصح في الوجهين

كفي الهبة بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض أو رجع الوراث في الثلثين بعد موت المريض وقد وجهه أو وقفه وفي مرضه في المال ضيق لأن الشروع في ذلك طارئ ولو استحق جزء بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشروع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة قال ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبدًا وقال أبو يوسف إذا سمي فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها الفقراء وإن لم يستهم لهم أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وانه يتأبد كالعتق فإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلاله كالتوقيت في البيع ولا يوجب أن المقصود هو التقرب إلى الله تعالى وهو موفر عليه لأن التقرب تارة يكون في الصرف إلى جهة تنقطع ومرة بالصرف إلى جهة تتأبد فيصح في الوجهين

ظهر أن الشروع كان مقارنا للوقف (كفي الهبة) إذا وهب الكل ثم استحق بعضه بطلت له هذا بخلاف ما لو وهب الكل (ثم رجع الواهب في البعض أو رجع الوراث في الثلثين بعد موت المريض) الذي وقف في مرضه الكل ولا يخرج من الثالث فانه لا يبطل الباقي لأن الشروع طار وأبطل الوقف في الباقي رجع إلى الواقف لو كان حيًا وإلى ورثته إن ظهر الاستحقاق بعد موته وليس على الواقف أن يبيع ذلك ويشترى بثمنه ما يجعله وقفًا (ولو كان المستحق جزء بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشروع) فلهذا جاز في الابتداء أن يقف ذلك الباقي فقط (وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة) لو استحق منهما جزء شاع بطلت ولو استحق معين لا تبطل ولو كانت الأرض بين رجلين فوقفها على بعض الوجوه ودفعها إلى وال يقوم عليها كان ذلك جائزًا عند محمد لأن المانع من تمام الصدقة شيوخ في المحل المتصدق به ولا شيوخ ههنا لأن الكل صدقة غاية الأمر أن ذلك مع كثرة المتصدقين والقبض من الوالي في الكل وجد جملة واحدة فهو كالوصدق بهما رجل واحد سواء بخلاف ما لو وقف كل منهما نصفها شاعا على حدة وجعل إياها واليًا على حدة لا يجوز لأنهما صدقتان فإن كل منهما تصدق بنصيبه بعقد على حدة ألا ترى أنه جعل لنصيبه واليًا على حدة ومثل ذلك في الصدقة المنفذة أيضًا لا يجوز حتى لو تصدق بنصفها مشاعا على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يجز شيء من ذلك لأن قبض كل منهما لا في جزأ شاعا فكذلك قبض الواليين ههنا ولو وقف كل منهما نصيبه وجعل الوالي واحدًا فسلمها إليه جميعًا جاز لأن تمامها بالقبض والقبض مجتمع (قوله) ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبدًا) كالمساكين ومصالح الحرم والمساجد بخلاف ما لو وقف على مسجد معين ولم يجعل آخره لجهة لا تنقطع لا يصح لاحتمال أن يتخرب الموقوف عليه (وقال أبو يوسف إذا سمي جهة تنقطع جاز وصار بعدها الفقراء وإن لم يستهم) هذا كلام القدروري وهذا كما ترى لا يناسب استدلال المصنف على أبي يوسف بقوله (أن موجب الوقف) يعني بعد التسليم إلى المتولى عند محمد رحمه الله وبعد الحكم عند أبي حنيفة (زوال الملك بلا تملك) وزواله يتأبد بعقود وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه (ولهذا كان التوقيت مبطلاله) كالأوقاف عشرين سنة لا يصح اتفاقا لأنه إنما يلزمه لو قال بجواز انقطاعه وعوده إلى الواقف بعد انقطاع تلك الجهة أو إلى ورثته وهو لم يقل ذلك بل قال إذا

قال المصنف (لهم أن موجب الوقف زوال الملك) أقول أنت خير بأن هذا لا يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وجوابه المذكور في الشروح (قوله وقيل أراد ههنا ما إذا حكم الحاكم ب صحة الوقف ولزمه) أقول فيه أنه إذا حكم الحاكم ب صحة الوقف ولزمه فيما إذا سمي جهة تنقطع ينبغي أن يتم الوقف لصادفة حكمه محلا مجتهدا فيه فليست أم قال المصنف (ولا يوجب يوسف لجهة الله تعالى عليه) أقول تأخير دليل أبي يوسف يدل على أن قوله هو المختار

وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان عند أبي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة  
منبثقة عنه لما يناله ازالة الملك بدون التملك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار  
بعد حال فقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمتعة  
أو بالغلة وذلك قد يكون موقفاً وقد يكون مؤبداً فطلقه لا ينصرف الى التأبيد فلا بد من التخصيص  
قال (ويجوز وقف العتار)

انقطعت صار للفقراء ثم نقل القدوري انما هو على ما ذكره المصنف فابتاعه من التأبيد حيث قال  
(وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان أبي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة منبثقة  
عنه لما يناله ازالة الملك كالعتق) وعند محمد ما يشترط قال المصنف (وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر  
التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمتعة) ان كان وقف للسكنى (أو بالغلة) ان لم يكن ذكر السكنى  
(وقد يكون ذلك مؤبداً وقد يكون غير مؤبذ فطلقه لا ينصرف الى المؤبد) بعينه (فلا بد من التخصيص)  
عليه فكان الاولى أن يولى هذين الوجهين لما نقله من عبارة القدوري ثم يذكروا رواية الاخرى ويذكروا  
دليلهما الاول فاما الوجه الاول فانما يناسب الرواية عن أبي يوسف بأنه بعد انقطاع الجهة يرجع الى ملك  
الواقف أو ذريته وقد نقل من الفروع ما يدل على كل منهما عند أبي يوسف ففهم ما في البسوط فيما اذا  
تصدق على أمهات أولاده في حياته وجعل لهن السكنى بعد وفاته وأي امرأة تزوجت منهن أو خرجت  
منتقلة الى غيره فلا حق لها في السكنى ونصها مردود على من بقيت منهن فذلك جائز اعتبار السكنى بالغلة  
وهذا الشرط يصح منه لهن في الغلة الى ان قال وان لم يخرج من بقي منهن كان ميراثنا على فراض الله تعالى  
عند أبي يوسف لما يناله يتوسع في أمر الوقف فلا يشترط التأبيد واشترط العود الى الورثة عند زوال  
حاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد عنده فاما عند محمد رحمه الله التأبيد شرط واشترط العود  
الى الورثة يبطل هذا الشرط فيكون مبطلا للوقف الا أن يجعل ذلك وصية عند موته فيجوز كالوصية  
لمعلوم يسكن داره بعد موته مدة معلومة فانه جائز أن يلزم ويعود الى الورثة اذا سقط حق الموصى له ومن  
ذلك ما نقل للتاطني في الاجناس عن شروط محمد بن مقاتل عن أبي يوسف اذا وقف على رجل بعينه جاز  
واذا مات الموقوف عليه رجع الوقف الى ورثة الواقف قال وعليه الفتوى واذا عرف عن أبي يوسف جواز  
عوده الى الورثة فقد يقول في وقف عشرين سنة بالجواز لانه لا فرق أصلاً وبينها ما ذكر في البرامكة قال  
أبو يوسف اذا انقضت الموقوف عليهم بصرف الوقف الى الفقراء قال في الاجناس فصل عنه روايتان  
وأما الشرط الذي تقدم وهو قوله من تزوجت أو خرجت منتقلة عنه فلا حق لها فصح قلوطه هاز وجها  
أومات أو عادت بعد ما انتقلت لا يرجع لهما ما كان لهما في الوقف بل قد سقط لانه قطع استحقاتها بأحد  
هذه الصفات فلا يعود الا أن ينص على ذلك فيقول فان عادت أو فارقت عادما كان لهما (قوله ويجوز  
وقف العقار) وهو الارض مبنية كانت أو غير مبنية ويدخل البناء في وقف الارض تبعاً فيكون وقفاً  
معها وفي دخول الشجر في وقف الارض روايتان ذكرهما في الخلاصة وفي فتاوى قاضيان تدخل  
الاشجار والبناء في وقف الارض كما تدخل في البيع ويدخل الشرب والطريق استحساناً لان الارض  
لا توقف الا للاستغلال وذلك لا يكون الا بالبناء والطريق فيدخلان كما في الاجارة ولا تدخل الثمرة القائمة  
وقت الوقف سواء كانت مما تؤول أو لا كالأردوار ياحين ولو قال وقفها بحقة وقفها بجميع ما فيها ومنها قال  
هلال لا تدخل في الوقف أيضاً ولكن في الاستحسان يلزم التصديق به على وجه النذر لانه لما قال صدقة  
موقوفة بجميع ما فيها ومنها فقد تكلم بما يوجب التصديق ولا تدخل الزروع كلها الا ما كان له أصل  
لا يقطع في سنة والحاصل ان كل شجر يقطع في سنة فهو لا واقف وما لا يقطع في سنة فهو داخل في الوقف  
فيدخل في وقف الأرض أصول الباذنجان وقصب السكر ويدخل في وقف الجسام القدر وملقى سرفته

وعلى هذا الزاوية من الجهة  
عاد الوقف الى ملكه ان كان  
سواء الى ملك ورثته ان  
كان ميتاً وقاتل أن يقول  
هذا التعليق غير مطابق لما  
ذكره عن أبي يوسف لانه قال  
وصار بعد حال الفقراء وان لم  
يسمهم وذلك يدل على أن  
التأبيد شرط والجواب أن  
المسروى عن أبي يوسف  
أمر ان أحدهما أنه لا يشترط  
التأبيد أصلاً والثاني أنه  
يشترط لكن لا يشترط  
ذكره باللسان والمصنف  
أشار الى القول الاول بالتعليل  
والثاني بذكر المذهب  
واستدل عليه بقوله وقيل  
ان التأبيد شرط بالاجماع  
الخ في كلامه تعقيداً لمخالفة  
وقوله (وهذا على الأرسال)  
أي ما ذكره القدوري

(قوله والجواب ان المسروى  
الخ) أقول هذا مما يهيم في  
كثير من المواضع

لأن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) قال رضى الله عنه  
وهذا على الإرسال قول أبي حنيفة (وقال أبو يوسف إذا وقف ضيعة بيقرها أو كثرها وهم عبيدهم جاز)  
وكذا سائر آيات الحرائث لأنه تبع للأرض في تحصيل ما هو المقصود وقد ثبت من الحكم تبعاً لما لا  
يثبت مقصوداً كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد معه فيه لأنه لما جازأفراد بعض المنقول بالوقف  
عنده فلا يجوز الوقف فيه تبعاً أولى

ورمائه ولا يدخل مسيل ماء في أرض مملوكة أو طريق وقوله (لأن جماعة من الصحابة رضى الله  
عنهم أجمعين وقفوه) قد مرنا ذكر جماعة من رجال الصحابة ونسأهم وقفوا وأسانيدهم كورة في  
وقف الخصاص ومنها ما تقدم من وقف عمر رضى الله عنه أرضه غنغ وأخرج إبراهيم الحربي في كتابه  
غريب الحديث حديثاً أبو بكر بن أبي شيبة حديثاً حفص بن غياث عن هشام بن عروة عن أبيه  
أن الزبير بن العوام رضى الله عنه وقف داراً لله على المردودة من بنائه قال والمردودة هي الماطقة والفاقدة  
التي مات زوجها وفي البخاري وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضاً وجعلها لابن السبيل صدقة  
وأخرج الحاكم بسند فيه الواقدي وهو حسن عندنا وسكت هو عليه عن عثمان بن الأرقم المخزومي  
أنه كان يقول أنا ابن سبع الإسلام أسلم أبي سبع سبعة وكانت داره على الصفا وهي التي كان النبي  
صلى الله عليه وسلم يكون فيها في الإسلام وفيها دعا الناس إلى الإسلام فأسلم فيها خلق كثير منهم عمر  
ابن الخطاب رضى الله عنه فسميت دار الإسلام وتصدق به الأرقم على ولده وذكر أن نسخة صدقة  
بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما قضى الأرقم إلى أن قال لا تباع ولا تورث وفي الخلافات لليهقي قال  
أبو بكر عبد الله بن الزبير الجدي تصدق أبو بكر رضى الله عنه بدار بمكة على ولده فهي إلى اليوم  
وتصدق عمر بربعه وتصدق سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه بداره بالمدينة وداره بصحرى على ولده  
فذلك إلى اليوم وعثمان رضى الله عنه برومة فهي إلى اليوم وعمرو بن العاص بالوهظ من الطائف وداره  
بمكة والمدينة على ولده فذلك إلى اليوم قال وما لا يحضرني كثير وهذا كله مما يستدل به على أبي حنيفة  
في عدم إجازته الوقف **فرع** إذا كانت الدار مشهورة معرفة صح وقفها وإن لم تحدد استغناء  
لشهرتها عن تحديدها **فرع آخر** وقف عقار على مسجد أو مدرسة هيأ مكاناً للبنا ثم أقبل أن  
بينهم الخلف المتأخرون والصحيح الجواز وتصرف غلته إلى الفقراء إلى أن تبنى فإذا بنيت ردت إليها الغلة  
أخذ من الوقف على أولاد فلان وأولاد له حكوا بصحة وتصرف غلته للفقراء إلى أن يولد لفلان (قوله  
ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) كذا قال القدوري قال المصنف رحمه الله (وهذا على الإرسال) أي  
على الإطلاق (قول أبي حنيفة رحمه الله) ثم قال القدوري (وقال أبو يوسف إذا وقف ضيعة بيقرها  
وأكثرها وهم عبيدهم جاز) والكرة الحراثون (وكذا آيات الحرائث) إذا كانت تبعاً للأرض يجوز  
(لأنه تبع للأرض في تحصيل ما هو المقصود) منها (وقد ثبت من الحكم تبعاً لما لا يثبت مقصوداً كبيع  
الشرب) والطريق لا يجوز مقصوداً ويجوز تبعاً وهذا كثير مستغن عن العبد ولو مرض بعضهم  
فمعتل عن العمل إن كان الواقف جعل نفقته في مال الوقف وصرح بها فهي في مال الوقف والألا نفقة  
لهم وإن لم يصرح به في مال الوقف وللقيم أن يبيع من عجز ويشتري بتمنه آخر يعمل كالمقتل فأخذ دية  
عليه أن يشتري بها آخر ولو جنى أحدهم جناة فعلى القيم أن ينظر فإن كان الأصلح دفعه هذا العبد  
بالجناية دفعة أو فداءه فداءه من مال الوقف وإذا فداءه بفدية تزيد على أرش الجناية فهو متطوع بالزيادة  
وليس لأهل الوقف من الدفع والفداء شيء فإن فدوه كانوا متطوعين (ومحمد مع أبي يوسف فيه) يعني  
فلا معنى لأفراد أبي يوسف (لأنه لما جازأفراد بعض المنقولات بالوقف عنده) أي عند محمد رحمه الله  
فتجوز تبعاً للعقار أولاً وضمير لأنه للسان أما الوقف ضيعة فيما بقى وعبيده ولم يذكروا أنه لا يدخل شيء

من قوله (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) على الإطلاق مقصوداً أو تبعاً كراعاة أو  
غيره تعاملوا فيه أولاً قول أبي حنيفة والأكبر جمع  
أكثر وهو الزناح كأنها جمع آكرتة ديرا وقوله  
(والبناء في الوقف) أي في وقف الأرض التي عليها  
ذلك البناء كوقف الخانات والرباطات وقوله (لأنه لما  
جازأفراد بعض المنقول) يعني من غير أن يجعل  
تبعاً لشيء كافي المتعارف مثل الفأس والقدوم  
والمرجل (عنده) أي عند محمد (فلا يجوز الوقف) أي  
وقف المنقول (تبعاً أولى) والمراد بالكرع هنا هو  
الخليل المناسبة ذكر السلاح

قال المصنف (والبناء في الوقف) أقول فيه نوع  
مصادرة لأن البناء بما ينقل  
تأمل في جوابه فإن تبعية  
البناء أقوى قال المصنف  
(فلا يجوز الوقف فيه تبعاً  
أولى) أقول هذا فيما فيه  
تعامل مسلم وأما مطلقاً فلا  
تدبر

(وقال محمد بن يوسف الكراخي والسرخي) ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه فيه على ما قاروا  
وهو استحسان والقياس أن لا يجوز لما ينشأ من قبل وجه الاستحسان أن تبارك المشورة فيه منه قوله  
عليه السلام وأما ما تقدم ذكره من حيث أدراؤه وإزالة في سبيل الله تعالى وظلمة حبس دروعه في  
سبيل الله تعالى ويروي أكرامه والكراخي الخيل ويدخل في حكمه الأبل لأن العرب يجادون عليها  
وكذا السلاح جعل عليها وعن محمد بن يحيى ورد في ما فيه تعامل من المنقولات كالفاس والمز والقدروم  
والمنشار والبنائز وثياب القدر والمراجل والمصاحف وعند أبي يوسف لا يجوز لأن القياس انما يترك  
بالنقص والنقص ورد في الكراخي والسلاح فيقتصر عليه

من الآلات والبقر والعبيد في الزحف قال المصنف (وقال محمد بن يوسف الكراخي) وهي الخيل  
(والسلاح ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه) أيضا في ذلك (على ما قاروا وهذا استحسان والقياس  
أن لا يجوز لما ينشأ من قبل) من شرط التأيد والمنقول لا يتأيد (وجه الاستحسان الاستحسان المشورة فيه) أي  
في الكراخي والسلاح منها قوله صلى الله عليه وسلم في الصحيحين عن أبي هريرة بعث النبي صلى الله عليه  
وسلم عمر بن الخطاب على الدقات فخرج ابن جهميل وخالد بن الوليد والعباس فقال رسول الله صلى الله عليه  
وسلم ما يقيم ابن جهميل الآن كان فقيرا فاشاء الله وأما ما ذكره المصنف من أن طلحة حبس دروعه وفي رواية أدراعه  
وأعتده في سبيل الله وأما العباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهمي على ومثلهما ثم قال  
أما ما عرفت أن عم الرجل صنوايه وأما ما ذكر المصنف من أن طلحة حبس دروعه وفي رواية أدراعه  
وأعتده فلم يعرف وكذا لم يعرف جعه على الكراخي لأن فعلا لا يجمع على أفعال بل على أفعول كعقاب  
وأعقب وانما ذكره في الصحاح صيغتي جمع قال فالجمع أكرع ثم أكرع لأن الطبراني أخرجه عن  
ابن المبارك حدثنا حماد بن زيد عن عبيد الله بن المختار عن راصم بن بهدلة عن أبي وائل قال لما حضرت  
خالد بن الوليد الوفاة قال لقد طلبت القتل فلم يقدري إلا أن أموت على فراشي ومما من عمل أربحي عندي من  
لأنه لا الله وأنا مترس ثم قال إذا أنا مت فأنظر واسد الحصى وقمرسي فأجعلوه عدة في سبيل الله وذكره هذا  
الحديث بهذا السند في تاريخ ابن كثير وقال فيه ما من عمل أربحي عندي بعدد الله إلا أن الله من ليلته ثم وأنا  
مترس والسماء تهاني تنظر الصبح حتى تغرب على الكفار وإذا عرف هذا فالأبل تدخل في حكمه بالدلالة  
لأن العرب يغزون عليها مع أنه روى أن أم معقل جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن  
أبا معقل جعل ناضحه في سبيل الله وإني أريد الحج أفأركبه فقال صلى الله عليه وسلم أركبه فإن الحج  
والعمرة من سبيل الله والحاصل أن وقف المنقول بعبادة القاري يجوز وأما وقفه مقصودا إن كان كراعا أو  
سلاحا جاز وفيما سوى ذلك إن كان مما لم يجز التعامل بوقفه كالتياب والحياض ونحوه والذهب والفضة  
لا يجوز عندنا وإن كان متعارفا كالبنائز والفاس والقدروم وثياب البنائز ومما يحتاج إليه من الأواني  
والقدور في غسل الموتى والمصاحف قال أبو يوسف لا يجوز وقال محمد بن يوسف واليه ذهب عامة المشايخ  
منهم الإمام السرخسي كذا في الخلاصة وفي الفتاوى أيضا فيمن أن وقف بناء دون أرض قال هلال لا يجوز  
أنتمى لكن في الخصاف ما يفيد أن الأرض إذا كانت متفردة لا احتكار جاز فانه قال في رجل وقف بناء  
داره دون الأرض أن لا يجوز قيل له فما تقول في حوائط السوق أن وقف رجل حائطا منها قال إن كان  
الأرض اجارة في أيدي القوم الذين بنوها لا يخرجهم السلطان عنهم فإذا وقف جاز لا تارة بناء في أيدي  
أصحاب البناء شرارتهم أو تقسم بينهم لا تعرض لهم السلطان ولا يرجعهم عنها وانما له عمل يأخذها  
وتداولها الخلق ومضى عليها الدهور وهي في أيديهم بمقتضى ما يرضون أو يوافقونها وتجوز قيم أو صاياهم  
ويهدمون بناءها وينون غيره فأفاد أن ما ذكره مثل ذلك إذا وقف البنيان فيه والأقلا وذكر في  
موضع آخر في فتاوى قاضي خان إذا بنى قنطرة للسبلين جاز ولا يكون بناء عاميرا إنما ذكر أنه انما يخص

وقوله (المأمن من قبل)  
يعني ما مر أن من شرطه  
التأيد والتأيد لا يتحقق  
في المنقول والمراجل  
قدور النحاس

(قوله يعني ما مر أن من  
مشرطه التأيد والتأيد  
لا يتحقق في المنقول) أقول  
وفيه تأمل كتب وجهه في  
الجواب عن دليل الشافعي  
على ما يجي



وقوله (الحفاظا للمصاحف) يعني أن وقف المصاحف صحيح فكذلك الكتب ذكر في فتاوى قاضخان اختلاف المشايخ في وقف الكتب  
 جزوه الفقه أبو الليث وعليه الفتوى وقوله (كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله) احتراز عن الدراهم والدنانير فإن الانتفاع الذي خلقت  
 الدراهم والدنانير لأجله وهو الثمنية لا يمكن به مع بقاء أصله في ملكه (٥١) وقوله (ويجوز بيعه) احتراز عن حل الناقصة  
 والخارجية فانه لا يجوز بيعه

فكذا وقفه عنده أيضا ولنا  
 أن الوقف في المنقول لا يتأبد  
 وهو ظاهر وما لا يتأبد لا يجوز  
 وقفه لأن التأبد لا بد منه  
 على ما بيناه فصارت المنقولات  
 كالدراهم والدنانير وقوله  
 (بخلاف العقار) جواب  
 عن اعتباره بالعقار وقوله  
 (ولا معارض من حيث  
 السمع) جواب عن قبوله  
 فأشبه الكراع والسلاح  
 وجهه أن الأصل أن لا  
 يجوز وقف الكراع والسلاح  
 أيضا كالدراهم الأنا  
 تركناه بمعارض راجح من  
 حيث السمع وقوله (ولا  
 من حيث التعامل) جواب  
 عما قبل ترك الأصل في  
 الكراع والسلاح بمعارض  
 من حيث السمع وهو ليس  
 بوجود في المراحل والقدر  
 وغيرهما فلنكن صورة  
 النزاع مقيسة على ذلك  
 وجهه أن لهسما معارضا  
 من حيث التعامل وليس  
 بوجود في صورة النزاع  
 كالبيع والاماء والنياب  
 والبسط وأمثالها فبقى على  
 أصل القياس وقوله (وهذا)  
 استظهار على أن الحاق غير  
 العقار والكراع والسلاح

ومحمد يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعن نصير بن  
 يحيى أنه وقف كتبه الحفاظا للمصاحف وهذا صحيح لأن كل واحد يسلك للدين تعليمات وتعلما وقراءة  
 وأثر فقهاء الامصار على قول محمد وما لا تعامل فيه لا يجوز عنده ناوقفه وقال الشافعي كل ما يمكن  
 الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبهه العقار والكراع والسلاح  
 ولنا ان الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من  
 حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقى على أصل القياس وهذا لان العقار يتأبد والجهد اسنام الدين  
 فكان معنى القرية قيم ما أقوى فلا يكون غيرهما في معناهما

البناء بذلك لان العادة أن تتخذ على جنبتي النهر العام وذلك غير ملوك ثم قال وهذه المسئلة دليل على  
 جواز وقف البناء بدون الأصل ثم نقل عن الأصل ان وقف البناء بدون أصل الدار لا يجوز ولا يجوز وقف  
 البناء في أرض هي عارية أو اجارة وان كانت ملكا لواقف البناء جاز عند البعض وعن محمد اذا كان البناء  
 في أرض وقف جاز وقفه على الجهة التي تكون الارض وقفا عليها ذكر الكل في الفتاوى واطلاق  
 الاجارة يعارض قول الخصاص في أرض الحكور اللهم الا أن يجعل تخصيصها بسبب أنها صارت  
 كالاملاك على ما ذكره وسمعه وفي الخلاصة اذا وقف معصفا على أهل المسجد لقراءة القرآن ان كانوا  
 يتحصون جاز وان وقف على المسجد جاز ويقرأ في ذلك المسجد وفي موضع آخر ولا يكون مقصورا على  
 هذا المسجد وأما وقف الكتب فكان محمد بن سلمة لا يجيزه ونصير بن يحيى يجيزه ووقف كتبه والفقيه  
 أبو جعفر يجيزه وبه نأخذ وجه قول أبي يوسف أن القياس بأباه والنص ورد في الكراع والسلاح على  
 خلافه فيقتصر عليه (ومحمد رجه الله يقول القياس ينزل بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل  
 في هذه الاشياء وعلى قول محمد أكثر فقهاء الامصار وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا) وقال الشافعي  
 رجه الله كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه وهذا قول مالك وأحمد أيضا وأما  
 وقف ما لا ينتفع به الا بالتلاف كالذهب والفضة والما كور والمشروب فغير جائز في قول عامة الفقهاء والمراد  
 بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بجلى وأما الخلى فيصح وقفه عند أحمد والشافعي لان حفصة  
 رضي الله عنها ابتاعت حايا بعشرين ألفا فمستته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته وعن  
 أحمد لا يصح وقفه وأنكر الحديث ذكره ابن قدامة في المغني وحاصل وجه الجماعة القياس على الكراع  
 وعارضه المصنف بأن حكم الوقف الشرعي التأبد ولا يتأبد غير العقار غير أنه ترك في الجهاد لانه سنام الدين  
 فكان معنى القرية قيم ما أقوى فلا يلزم من شرعية الوقف فيه ما شرعية فيما هو دونه وما لا يلحق دلالة  
 أيضا لانه ليس في معناه ما اذا عرفت هذا فقد زاد بعض المشايخ أشياء من المنقول على ما ذكره محمد  
 لمساو أو من جريان التعامل فيها في الخلاصة وقف بقرة على ان ما يخرج من لبنها وسمتها يعطى لأبناء  
 السبيل قال ان كان ذلك في موضع غلب ذلك في أوقافهم رجوت أن يكون جائزا وعن الانصاري وكان  
 من أصحاب زفر فبين وقف الدراهم أو الطعام أو ما يكال أو ما يوزن أي يجوز ذلك قال نعم قيل وكيف قال يدفع  
 الدراهم مضاربة ثم تصدق بها في الوجه الذي وقف عليه وما يكال وما يوزن يباع ويدفع عنه مضاربة  
 أو بضاعة قال فعلى هذا القياس اذا وقف هذا السكر من الحنطة على شرط أن يقرض للفقراء الذين لا يذر  
 لهم ليزرعوه لانفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الادراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبدا على هذا

بهم ما غير جائز لان غيرهما القوتهم ما ليس في معناه ما لم يذكر التعامل اعتمادا على شهرة كون التعامل أقوى من القياس بخلاف أن يترك به  
 قال المصنف (ولا بد منه على ما بيناه) أقول اللازم من الدليل هو تأبد الوقف مدة بقاء الموقوف وذلك موجود في محل النزاع أيضا  
 فليست

قال (واذا أصبح الوقف لم يجز بيعه) أي إذا لم (٥٣) الوقف لم يجز بيعه ولا تخليكه إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف فيطلب الشريك

قال (واذا أصبح الوقف لم يجز بيعه ولا تخليكه إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف فيطلب الشريك القسمة فيصبح مقاسمة) أما امتناع التملك فلما بنا وأما جواز انقصة فلا نهائيز وأما غايه الأمران الغالب في غير المكمل والموزون معنى المبادلة إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الأفرار نظرا للوقف فلم تكن بيعا وتخليكا ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية للواقف وبعد الموت إلى وصيه وإن وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي

السيبيل يجب أن يكون جائزا قال ومثل هذا كثير في الري وناحية ديباوند والاكسية واسترة الموتى إذا وقف صدقة أجازا قد دفع الاكسية للفقراء فيه تنفعون به في أوقات لبسها ولو وقف نور الزمان بقرهم لا يصح ثم إذا عرف جواز وقف الذرس والجل في سبيل الله فلو وقفه على أن يسكدها مدام حيوان أمسكه للجهاد جاز له ذلك لأنه لو لم يشترط كان له ذلك لأن الجاعل فرس السبيل أن يجاهد عليه وإن أراد أن يتنفع به في غير ذلك لم يكن له ذلك وصح جعله للسبيل يعني يبطل الشرط ويصح وقفه ولا يؤثر فرس السبيل إلا إذا احتج إلى نفقته فيؤاجر بقدر ما ينفق عليه قال في الخلاصة وهذه دليل على أن المسجد إذا احتاج إلى نفقة يؤاجر قطعة منه بقدر ما ينفق عليه اه وهذا عند غير صحيح لأنه يعود إلى الفسخ الذي لا جله استثنى أبو يوسف المسجد من وقف المشاع وهو أن يتخذ مسجدا يصلى فيه عاما أو اصطبلا يربط فيه الدواب عاما ولو قيل إنما يؤاجر لغير ذلك فنقول غاية ما يكون للسكنى ويستلزم جواز الجماعة فيه وإقامة الخائض والجنب فيه ولو قيل لا يؤاجر لذلك فكل عمل يؤجر له فيه تغيير أحكامه الشرعية ولا شك أن باحتياجه إلى النفقة لا تتغير أحكامه الشرعية ولا يخرج به عن أن يكون مسجدا نعم إن خرب ما حوله واستغنى عنه خفيئذ لا يصير مسجدا عند محمد خلافا لأبي يوسف وأما إذا لم يكن كذلك فنجب عمارته من بيت المال لأنه من حاجة المسلمين وفي الخلاصة أيضا يجوز وقف الغلمان والجواري على مصالح الرباط وإذا زوج السلطان أو القاضي جارية الوقف يجوز ولو زوج عبد الوقف لا يجوز والفرق ظاهر وهو أن في الأول اكتسابا للوقف دون الثاني ولهذا الزوج أمة الوقف من عبد الوقف لا يجوز ومن فروغ وقف المنقول وقف دار فيه إجماعات يخرج من ويرجع في يدخل في وقفه الإجماعات الأصلية قال الفقيه هو كوقف الضيعة مع الثيران وسئل أبو بكر عن وقف شجرة بأصلها والشجرة مما ينتفع بأوراقها وثمرها قال الوقف جائز وينتفع بثمرها ولا يقطع أصلها إلا أن تفسد أغصانها فإن لم ينتفع بأوراقها وثمرها فأنه ساقط ويصرف ثمنها إلى سبيله فإن نبت ثانيا ولا غرس مكانها وسئل أبو القاسم الصفار عن شجرة وقف ليس بعضها وبقي بعضها فقال ما ليس منها فليس بسبيل غلثها وما بقي متروك على حالها (قوله وإذا أصبح الوقف) أي لزم وهذا يؤيد ما قدمناه في قول القدوري وإذا أصبح الوقف خرج عن ملك الواقف ثم قوله (لم يجز بيعه ولا تخليكه) هو باجتماع الفقهاء (الأن يكون مشاعا فيطلب شريكه القسمة عند أبي يوسف فتصح مقاسمته أما امتناع التملك فلما بنا) من قوله عليه الصلاة والسلام تصدق بأصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ومن المعنى وهو أن الحاجة ماسة إلى آخره ولأنه بالزوم خرج عن ملك الواقف وبلا ملك لا يمكن من البيع (وأما جواز القسمة) أي عندهما فإن على قول أبي حنيفة لا يجوز وإن قضى القاضي بجهة وقف المشاع لأنهم أبادلة ومعنى المبادلة هو الرجوع في غير التملكات (فلا نهائيز) معنى (وأما غايه الأمر) أن الغالب في غير المكمل والموزون معنى المبادلة إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الأفرار نظرا للوقف فلم تكن بيعا وتخليكا ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية للواقف فلم تكن بيعا وتخليكا ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية للواقف) عند أبي يوسف ووقف المشاع إنما يجوز على قوله (و) لطلب الشريك القسمة (بعدموه) فالقسمة (إلى وصيه وإن وقف نصف عقار خالص له) فالقسمة طريقان أحدهما أن (يقاسمه القاضي)

القسمة فتصح مقاسمته فقوله إلا أن يكون مشاعا استثناء من قوله لم يجز بيعه وهو منقطع أو متصل لأن معنى المبادلة في قسمة العقار راجع لجعل كانه بيعا قسما أما امتناع التملك فلما بنا يعني ما روى من قوله صلى الله عليه وسلم تصدق بأصلها لا يباع ولا يوهب وما ذكره من المعنى بقوله ولأن الحاجة ماسة الخ وقوله (وأما جواز القسمة) فظاهر وقوله (فهو الذي يقاسم) أي الواقف هو الذي يقاسم شريكه لا القاضي وقوله (خالص) صدقة عقار أي لو كان له عقار مائة ذراع وهو خالص له لا شركة لغيره فيه فوقف منه خمسين ذراعا وجب أن يكون القاسم ههنا غير الواقف لئلا يلزم أن يكون الشخص الواحد مطالبًا ومطالبًا فإن مقاسم النصف الذي هو الوقف مطالب من مالك النصف الذي هو غير وقف ومالك النصف مطالب وهو الواقف بعينه المقاسم لنصف الوقف فكان مطالبًا ومطالبًا وهو لا يجوز فرفع أمره إلى القاضي ليقاسمه

(قوله استثناء من قوله لم يجز بيعه الخ) أقول بل من قوله ولا تخليكه كما يدل عليه أول كلام المصنف ثم يفهم من

من المجموع والأمر سهل آخره كونه استثناء بان

أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسمها ومقاسمها ولو كان في القسمة فضل دراهم أن أعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وإن أعطى الواقف جاز ويكون بقدر الدراهم ثمراء قال (والواجب أن يتقدم من ارتفاع الوقف بمعارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط) لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا يتيق دأمة إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء

أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه ولو كان في القسمة فضل دراهم بأن كان أحد النصيبين أجود فدعت الضرورة إلى ادخال الدراهم في القسمة أو تراصيا على ذلك فإن ادخل الدراهم في القسمة لا يجوز إلا للضرورة أو بالتراضي على ماسية في كتاب القسمة إن شاء الله تعالى فلا يخالف ما أن يكون الواقف يأخذ الدراهم أو يعطيها فإن كان الأول لم يجوز لأنه يعطى بمقابلة الدراهم شبهة من الوقف وبيع الوقف لا يجوز وإن كان الثاني جاز لأنه حينئذ يشتري شيئا بمقابلة الدراهم ويقنه وهو جائز

بأن يرفع الأمر السيد ويطلب منه القسمة فيأمر رجلا أن يقاسمه (الثاني أن يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه) إن أحب وهذا (لأن الواحد لا يصلح أن يكون مقاسمها ومقاسمها ولو كان في القسمة فضل دراهم) بأن كان أحد النصيبين أجود من الآخر فجعل بازاء الجوده دراهم فإن كان الآخر لاخذ الدراهم هو الواقف بأن كان النصف الذي هو غير الوقف هو الأحسن لا يجوز لأنه يصير بائعا بعض الوقف وبيع الوقف لا يجوز وإن كان الآخر أخذ من نصيب الواقف أحسن جاز لأن الواقف مشتر لا بائع فكأنه اشتري بعض نصيبه ثم يبيع فوقه فقوله (إن أعطى الواقف لا يجوز) يصح على بناءه للفعل وبيع الواقف ويصح على بناءه للماعل ونصب الواقف لأن المعنى فيه حاله أخذ الدراهم وأعلم أن عدم جواز البيع في غير القسمة فيما إذا كان قائما عامرا أما إذا تهدم ولا حاصل له يعمر به فيجوز لأنه يرجع إلى ملك الواقف إن كان حيا وإلى ورثته إن كان ميتا وقال الصدر الشافعي في جنس هذه المسائل نظري لأن الواقف بعد ما خرج إلى الله تعالى لا يعود إلى ملك الواقف وأنت تعلم أن قول محمد بن جوعه إلى ملك الواقف أولى من قوله في المسجد لأن خلاوصه لله تعالى أقوى من غيره من الأوقاف ولأن ذلك بشرط الفائدة وقد تحقق انتفاؤها إذا لم يكن له ريع يعاديه ولا يوجد من يستأجره فيعمره ومن ذلك حانوت احترق في السوق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر المنة ويحوز محلة خرب وصار بحيث لا يمكن عمارته فهو للواقف ولورثته فإن كان واقفه وورثته لا تعرف فهو لقطعة كذا في الخلاصة زاد في فتاوى الخاص إذا كان كالقطعة يتصدقون به على فقير ثم يبيعه الفقير فيمنع بثمنه وعلى هذا فإنما يصير لبيت المال إذا عرف الواقف وعرف موته وانقرض عقبه وروى عن محمد إذا ضعفت الأرض عن الاستغلال ويجوز القيم بثمنها أخرى هي أكثر ريعا كان له أن يبيعها ويشتري بثمنها ما هو أكثر ريعا وأما قول طائفة من المشايخ فيما إذا خاف المتولى على الوقف من وراث أو سلطان يغلب عليه قال في النوازل يبيعها ويتصدق بثمنها قال وكذا كل قيم خاف شيئا من ذلك قالوا الفتوى على خلافه لأن الوقف بعد ما أصبح بشرائطه لا يحتمل البيع وهذا هو الصحيح حتى ذكر في شجرة جوز وقف في دار وقف خربت الدار لا تباع الشجرة لعمارة الدار بل تذكرى الدار ويستعان بنفس الجوز على العمارة ثم إذا جاز بيع الأشجار الموقوفة لا يجوز قبل القطع بل بعده هكذا عن الفضلي في الأشجار المثمرة وفي غير المثمرة قال يجوز قبل القلع لأنها هي الغلة وبناء الوقف والنبات لا يجوز قبل الهدم والقلع كالمثمرة كذا قيل والوجه يقتضي إذا تعين البيع كونه قبل الهدم دفعًا لزيادة مؤنة الهدم إلا أن تزيد القيمة بالهدم وفي زيادات أبي بكر بن حامد أجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصره إذا استغنوا عنه (قوله والواجب أن يتقدم من ارتفاع الوقف بمعارته سواء شرط الواقف ذلك أو لم يشترط) لأن الغرض لكل واقف وصول الثواب مؤبدا وذلك (بصرف الغلة مؤبدا) ولا يمكن ذلك بلا عمارة فكأنت العمارة مشروطة اقتضاء ولهذا ذكر محمد رحمه الله في الأصل في شيء من رسم الصكوك فاشترط أن يرفع الوالي من غلته كل عام ما يحتاج إليه لاداء العشر والتراج والبذر ورزاق الولاة عليها والعملة وأجور الحراس والحصادين والدراسين لأن حصول منفعتهم في كل وقت لا يتحقق إلا بدفع هذه المؤن من رأس الغلة قال شمس الأئمة وذلك وإن كان يستحق بلا شرط عندنا لكن لا يؤمن جهل بعض القضاة

وقوله (لان الخراج بالضمان) هذا اللفظ الحديث وهو من جوامع النكاح ولا حراجه معاني جسيمة جرى مجرى المثل واستعمل في كل مضرة تتبادله منفعة ومعناه ههنا ان غلة الوقف لما كانت للوقوف عليهم كانت العمارة عليهم أيضا ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفرونهم أي لا يفوزون المتولى بهم لعدم تعيينهم وعسرهم وأقرب أموالهم إلى المتولى هذه الغلة فتجب فيها وقوله (ولو كان الوقف على رجل بعينه) ظاهر وقوله (ولا يؤخذ من الغلة) يعني حتما لانه قال فهو في ماله أي مال شاء وهذه الغلة أيضا من ماله فالويلم يقيده بذلك تناقض كلامه وقوله (ولو كان الوقف على الفقراء) يعني لا على رجل بعينه فكذلك عند البعض أي لا تصرف غلة الوقف إلى زيادة عمارة لم تكن في ابتداء الوقف بل تصرف إلى الفقراء وعند آخرين يجوز ذلك والاول وهو ان يكون البناء الثاني مثل الاول لازما ادعاه أصح لما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (وان وقف دارا على سكنى ولده) ظاهر

ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانما على الموصى له بهيأته ان كان الوقف على الفقراء لا يظفرونهم وأقرب أموالهم هذه الغلة فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وأخره للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حال حياته ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبة وانما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وان خرب بني على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلته مضمرة وفيه إلى الموقوف عليه فأما الزيادة على ذلك فليست بمسحقة عليه والغلة بمسحقة فلا يجوز صرفها إلى شيء آخر الا برضاة ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والاول أصح لان الصرف إلى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة قال (فان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له سكنى) لان الخراج بالضمان على ماهر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته (فان امتنع من ذلك أو كان فقيرا أجزاها الحاكم

فيذهب رأيه إلى قسمة جميع الغلة فاذا شرط ذلك في صك يوقع الامن بالشرط قال المصنف (ولان الخراج بالضمان) أي الانتفاع بخراج الشيء كغلة العبد والذابة ونحو ذلك بقيام ذلك الشيء أي لكون ذلك الشيء أو تلف تلف من ضمان المستغل وروى أبو عبيد في كتاب غريب الحديث عن مروان الفراري عن ابن أبي ذئب عن محمد بن أبي خفاف عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى ان الخراج بالضمان قال أبو عبيد معناه والله أعلم الرجل يشتري المملوك فيستغله ثم يبيعه عبدا كان عند البائع فقضى انه يرد العبد على البائع بالعيب ويرجع بالثمن فيأخذ منه وتكون له الغلة طيبة وهو الخراج وانما طابت لانه كان ضامنا للعبد ولو مات من مال المشتري لانه في يده اهـ ولهذا الحديث نقض عمر بن عبد العزيز قضاءه حين قضى بالغلة للبائع وهذا الحديث من جوامع النكاح وفي معناه الغرم بالغرم وقد جرى لفظه مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلته منفعة وقوله (وصار) أي عمارة الوقف (كنفقة العبد الموصى بخدمته فانما) تكون (على الموصى له بها) (قوله) ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفرونهم) لا يتصور أن يلزموا لعدم اجتماعهم ولعسرهم (وأقرب أموالهم هذه الغلة) الكائنة للوقف (فتجب) العمارة فيها (قوله) وان كان الوقف على رجل بعينه (أورجال) (وأخره للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حياته) فاذا مات من الغلة (ولا يؤخذ من الغلة) عينا (لانه) رجل (معين يمكن مطالبة) ثم هو يعطى ان شاء من الغلة وان شاء من غيرها ثم العمارة المستحقة عليه انما هي (بقدر ما يبقى الموقوف به على الصفة التي وقف) عليها (فأما الزيادة فليست بمسحقة) فلا تصرف في العمارة (الارضاء ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض) أي لا يراد على الصفة التي كان عليها (وعند آخرين يجوز ذلك) أي الزيادة (والاول أصح) لانه صرف حق الفقراء إلى غير ما يستحق عليهم ولا تؤخر العمارة اذا احتيج إليها وتقطع الجهات الموقوفة عليها لها ان لم يخف ضررين فان خيف قسّم وأما الناظر فان كان المشروط له من الواقف فهو كأحد المستحقين فاذا قطعوا للعمارة قطع الا أن يعمل كالفاعل والبناء ونحوه ما فاعل أخذ قدر أجرته وان لم يعمل لا يأخذ شيئا قال الامام نضر الدين قاضي خان رجل وقف ضبعة على مواله ومات فجعل القاضي الوقف في يد قيم وجعل له عشر الغلات مثلا وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمطاعة لاحاجة فيها إلى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يسمون غلته لا يجب للقيم فيها ذلك العشر لان القيم لا يأخذ ما يأخذ الا بطريق الاجر فلا يستوجب الاجر بلا عمل اهـ فهذا عندنا فحين لم بشرط له الواقف شيئا أما اذا شرط كان من جلة الموقوف عليهم (قوله) فان وقف دارا على سكنى ولده) أو غير ولده (فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فاذا امتنع من ذلك أو كان فقيرا أجزاها الحاكم



وقوله (والاول اولي) يريد به اجارة الحاكم وعمارته باجرتها ثم ردها الى من له السكنى (٥٥) والثاني خورثك العماره واستفيد

وعمرها باجرتها واذا عمرها ردها الى من له السكنى. لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لم يعمرها نفوت السكنى أصلا والاول اولي ولا يجبر الممتنع على العماره لما فيه من ائلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة فلا يكون امتناعه رضامنه بطلان حقه لانه في حيز التردد ولا تنفع اجارة من له السكنى لانه غير مالك قال (وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عماره الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيه مالا لانه لا بد من العماره ليبقى على الأيدى فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فاعمالا أو أمسكها حتى لا تعذر عليه ذلك أو ان الحاجة قبطل المقصود وان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيعه وسرف ثمنه الى المرمه صرفا للبدل الى مصرف المبدل

وعمرها باجرتها) ثم ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى (لانه لم يعمرها نفوت السكنى أصلا والاول) وهو العماره (أولى) من الثاني وهو عدم عمارتها المدلول عليه بقوله لم يعمرها لان الجميع بين المصلحتين أولى من ابطال احدهما (ولا يجبر الممتنع على العماره لما فيه من) الزام الضرر (لائلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر فيه) ما اذا عقد عقد (المزارعة) وبينما من عليه البذر فامتنع من عليه البذر عن العمل لا يجبر عليه لذلك (ثم لا يكون امتناعه رضامنه بطلان حقه لان امتناعه في حيز التردد) يعني دلالة الامتناع على الرضا باسقاط حقه متردد فيه الجواز كون امتناعه لعدم القدرة على العماره أو لرجائه اصطلاح القاضي كما يجوز كونه لرضاه بابطال حقه (و) انما قال أجراها الحاكم لانه (لا تصح اجارة من له السكنى) وعلاه بقوله (لانه غير مالك) وفي تقريره قولان أحدهما انه ليس بمالك للمنفعة بل أبيع له الانتفاع وهذا ضعيف فان للموقوف عليه السكنى ان يعمر الدار والا عارة فملك المتافع بلا عوض والمسئلة في وقف الخصاص والاخر انه ليس بمالك للعين والاجارة تنوقف عليه لانها بيع المتافع والمنافع معدومة فلا يتحقق ملكها اليه فكيف اقيمت العين مقام المنفعة ليرد عليها العقد فلا بد من كونها مملوكة وهو مشكل لانه يقتضي ان لا يصح اجارة المستأجر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل وان لا يصح من الموقوف عليه السكنى الا عارة لكنه يصح كما ذكرنا فالاولي ان يقال لانه تلك المنافع بلا بدل فلم يملكها يبدل وهو الاجارة والمالك أكثر مما لا بخلاف الا عارة وهذا الوجه والذي فيه لا يفيد أن لا فرق بين الموقوف عليه السكنى وغيره حتى ان الموقوف عليه الدار المستحق للغة أيضا ليس له أن يؤجر لانه ليس بمالك للعين فلا يمكن اقامة العين مقام منفعتها ليرد عليه عقد الاجارة بل ما ملكه من المنافع بلا بدل ونص الاستروشنى انه رأى في المنقول ان اجارة الموقوف عليه لا تجوز وانما يملك الاجارة المذولى أو القاضى ونقل عن الفقيه أبي جعفر انه ان كان الاجر كله للموقوف عليه اذا كان الوقف لا يستمر تجوز اجارته وهذا في الدور والخوانيت وأما الاراضى فان كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه أن يؤجر وان لم بشرط ذلك فيجب أن يجوز ويكون الخراج والمؤنة عليه وهذا وان لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعماره ولم يجسد القاضى من يستأجرها لم أر حكم هذه في المنقول من المذهب والحال فيها يؤدي الى أن تصير نقضاً على الارض كرماد تسفوه الريح وخطرى انه يخبره القاضى بين أن يعمرها فاستوفى منفعتها او بين أن يردها الى ورثة الواقف (قوله وما انهدم من بناء الوقف وآلته) وهو بالجر كالخشب والقصب وقد يضم عطا على ما صرفه الحاكم في عماره الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج اليه وأنت تعلم ان بالانهدام تحقق الحاجة الى عماره ذلك القدر فلا معنى للشرط في قوله ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج وانما المعنى انه ان كان التمسك بالعماره ثابتا في الحال صرفه اليها والاحتفظه حتى يتم سيادته وتحقق الحاجة فان انهدم قد يكون قليلا لا يجسد الا يخل بالانتفاع

ذلك بقوله لانه لم يعمرها نفوت السكنى أصلا نفوت السكنى أصلا وقوله (في حيز التردد) بانه ان الامتناع يحتمل أن يكون لبطلان حقه ويحتمل أن يكون نقصان ماله في الحال ولرجائه اصلاح القاضى وعمارته ثم رده اليه وقوله (ولا تنفع اجارة من له السكنى) اضافة المصدر الى فاعله وهذا لان الاجارة تملك المتافع بعوض ولا تملك من غير المالك ومن له السكنى ليس بمالك وتوقض بالمستأجر فان له أن يؤجر الدار وليس بمالكها وأوجب بأنه مالك المنفعة ولهذا أقيمت العين في ابتداء العقد مقام المنفعة لئلا يلزم تملك المنفعة المعدومة ومن له السكنى أبيع له المنفعة ولهذا لم تقم العين مقام المنفعة في ابتداء الوقف ولا يلزم من جواز تملك المسالك جواز تملك غيره قال (وما انهدم من بناء الوقف وآلته) قال صاحب النهاية قوله وآلته يحتمل أن يكون مجرورا بالعطف على البناء يعني ما انهدم من آلة الوقف بأن بلى خشب الوقف وفسد ويحتمل أن يكون مرفوعا بالعطف على ما الموصولة وهو المنقول عن النقات لانه لا يقال انهدمت الآلة

والنقض بضم النون البناء المنقوض وفي الصحاح ذكره بكسر النون لا غير

وقوله (ولا يجوز على قياس قول محمد) بناء على ان التسليم الى المتولى شرط عنده ولم يوجد قال الصدر الشهيد والقنوي على قول أبي يوسف ترجيحاً للناس في الوقف وقوله (فقد قيل يجوز بالاتفاق) وهو رواية المبسوط والخيرة والتممة وقنوي قاضيان وهذا ظاهر على أصل أبي يوسف فإنه لو شرط بعض الغلة أو كلها لنفسه في حال حياته حاز فلامهات أولاده أولى وإنما الاشكال على قول محمد فإنه لا يجوز أن يشترط ذلك لنفسه واشترطه (٥٦)

(ولا يجوز أن يقسمه) يعني التقض (بين مستحق الوقف) لانه جزء من العين ولا حق للوقوف عليهم فيه وإنما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم قال (وإذا جعل الوقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الزاوية اليه جاز عند أبي يوسف) قال رضي الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الزاوية اليه أما الأول فهو جائز عند أبي يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرازي وبه قال الشافعي وقيل ان الاختلاف بينهما مابناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسألة مبتدأة والخلاف فيما إذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء وفيما إذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض أو الكل لامهات أولاده ومديره ماداموا أحياء فإذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف أيضاً وهو الصحيح لأن اشتراطه لهم في حياته كاشتراطه لنفسه بالوقف ولا يقر به من ذلك فيكون وجوده كعدمه فيؤخر حتى تحسن أو تنجب العمازة وان تعذرت اعارته بأن خرج عن الصلاحية لذلك لضعفه ونحوه باعه وصرف عنه في ذلك إقامة للبدل مقام المبدل ولا يقسمه بين مستحق الوقف لانه من عين الوقف ولا حق لهم في العين الموقوفة لانهما حق الله تعالى وحقهم في الغلة فقط واعلم أن عدم جواز بيعه إلا إذا تعذر الاتفاق به إنما هو فيما ورد عليه وقف الواقف أما فيما اشترط المتولى من مستغلات الوقف فإنه يجوز بيعه بلا هذا الشرط وهذا لان في صيرورته وقفًا خلافاً واختار أنه لا يكون وقفًا لقيم أن يبيعه متى شاء لمصلحة عرضت (قوله وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الزاوية اليه جاز عند أبي يوسف) فهذا ان قصه لان ذكرهما القنودري (شرط الغلة لنفسه وجعل الزاوية اليه أما الأول فهو جائز عند أبي يوسف) وهو قول أحد وابن أبي ليلى وابن شبرمة والزهرى ومن أصحاب الشافعي ابن سريج (ولا يجوز على قياس قول محمد وهلال) الرأي وهو هلال بن يحيى بن مسلم البصري وأما نسب إلى الرأي أي لانه كان على مذهب الكوفيين ورأيهم وهو من أصحاب يوسف بن خالد السعدي البصري ويوسف هذا من أصحاب أبي حنيفة وقيل ان هلالاً أخذ العلم عن أبي يوسف وزفر ووقع في المبسوط والخيرة وغيرهما الرازي وفي المغرب هو تحريف بل هو الرأي بنسبة يدراء المهمة لانه من البصرة لامن الري ولا رازي نسبة إلى الري وهكذا صحيح في مسند أبي حنيفة وغيره يقول محمد قال الشافعي ومالك والخلاف في شرط كل الغلة لنفسه وبعده على الفقراء أو بعضها وبعده للفقراء ثم (قيل ان الاختلاف بينهما بناء على الخلاف في اشتراط القبض) أي قبض المتولى فلم يشترطه محمد منع اشتراط الغلة لنفسه لانه حينئذ لا ينقطع حقه فيه واشترط القبض إلا لينقطع حقه وبالم يشترطه أبو يوسف لم يمنعه (وقيل مسألة مبتدأة) غير مبنية وهو أوجه ثم وصل المصنف هذه الخلافية ما إذا شرط الغلة لامهات أولاده ومديره ماداموا أحياء فإذا ماتوا كان للفقراء بناء على جعل الخلاف المعلوم جارياً فيها على ما صححه المصنف وقيل بل صحة شرط الغلة لامهات أولاده ومديره بالاتفاق وهو الأصح وما قال المصنف مخالف لما في المبسوط

ولانه لا بد من تصحيح هذا الشرط لأن لانه من يعقن بعوته فاشتراطه لهن كاشتراطه لساير الأجانب فيجوز ذلك في حياته أيضاً تبعاً لما بعد الوفاة وقد قيل هو على الخلاف أيضاً وهو الصحيح لان اشتراطه لهم في حياته أي اشتراط صرف الغلة في ابتداء الوقف لامهات أولاده ومديره وذكر الضمير تغليباً للذين على أمهات الأولاد كاشتراطه لنفسه ثم اشتراط صرف الغلة لنفسه في ابتداء الوقف جائز بدون واسطة عند أبي يوسف فكذلك يجوز اشتراط صرف الغلة إلى نفسه انتهاء بواسطة اشتراط صرف الغلة إلى أمهات أولاده ومديره وبه وجه قول محمد أن الوقف تبرع على وجه التملك بالطريق الذي قدمناه أي بطريق التقرب إلى الله تعالى فاشتراطه الكل أو البعض لنفسه يبطله لان التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنقذة فإنه لا يجوز أن يسلم قدر من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه له وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه فقوله وشرط بالجر عطف على قوله كالصدقة المنقذة ومعناه أن يجعل بعض المسجد لنفسه كان مانعاً عن الجواز في الكل فكذلك إذا جعل بعض الغلة لنفسه

قال المصنف (وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على ما في هذا البناء نوع تأمل ظاهراً لكن يظهر وجه البناء بما ذكره البخاري قال المصنف وقد قيل هو على الاختلاف أيضاً وهو الصحيح) أقول مخالف لرواية الكتب المذكورة (قوله لان اشتراطه لهم في حياته) أقول ذكر الضمير في قوله لهم تغليبا للذكر على الأنثى والمحيط

وجه قول محمد رحمه الله ان الوقف تبرع على وجه التملك بالطريق الذي قدمناه فاشتراطه البعض أو الكل لنفسه يبطله لان التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة وشروط بعض بقعة المسجد لنفسه ولا يبيح يوسف ماروي أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يأكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القرينة على ما بيناه فاذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ماصار محالاً لله تعالى لنفسه لا أنه يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خاناً أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشروط أن ينزله أو يشرب منه أو يدفن فيه ولان مقصوده القرينة وفي الصرف الى نفسه ذلك قال عليه الصلاة والسلام نفقة الرجل على نفسه صدقة

والمحيط والذخيرة والتمتة وفتاوى قاضيان فان الكل جعلوا الصحة بالاتفاق وفرق في المبسوط لمحمد رحمه الله بين شرط الغلة لنفسه حيث لا يجوز ولا مهابت أو لادع حيث يجوز مع أن شرطه له بن ولم يدبر به كشرطه لنفسه بأن حرمتهم ثبت بموتة فيكون الوقف عليهم كالوقف على الاجانب ويكون ثبوته لهم في حالة حياته تبعاً لما بعد موته كما قال أبو حنيفة في أصل الوقف اذا قال في حياتي وبعد وفاتي يلزم أم لا الوقف على عبيده ولما نه فلا يجوز عند محمد لانهم لا يعتمدون بموته فلا تبعية ويجوز عند أبي يوسف كشرطه لنفسه (وجه قول محمد رحمه الله أن الوقف تبرع على وجه التملك) للغة أو للسكنى (فاشترط البعض أو الكل لنفسه يبطله لان التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة) بأن تصدق على فقير بمال وسلم اليه على أن يكون بعضه لم يجز لعدم الفائدة اذ لم يكن مملوكاً على هذا التقدير الامور اذ ذلك القدر فكذا في الصدقة الموقوفة (وكشرط بعض بقعة المسجد لنفسه) بيتا (ولا يبيح يوسف ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته والمراد صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بشرط) فان الاجماع على أن الواقف اذا لم يشرط لنفسه الاكل منها لا يحل له أن يأكل منها وانما الخلاف فيما اذا شرطه والحديث المذكور يبيح هذا اللفظ لم يعرف الا أن في مصنف ابن أبي شيبة حدثنا ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه قال ألم تر أن جبر المديري أخبرني قال ان في صدقة النبي صلى الله عليه وسلم يأكل منها أهلها بالمعروف غير المنكر (ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى فاذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ماصار محالاً لله تعالى لنفسه لا أنه جعل ملك نفسه لنفسه) كذا قرره المصنف وعلى ما سلف لنا في اشتراط التسليم الى المتولي عند محمد ينبغي أن يقرر هكذا الموقوف ازالة الملك الدكاكين بالعين واسقاطه لاني مالك ابتغاء مرضاة الله تعالى على وجهه يعتبر فيه شرطه الغير المنافي للقرينة والشرع وشرط النفقة على نفسه منه لا ينافي في ذلك (كما اذا بنى خاناً أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشروط أن يشرب منها أو مقبرة وشروط أن يدفن فيها) قال صلى الله عليه وسلم نفقة الرجل على نفسه صدقة (روى معنى هذا الحديث من طرق كثيرة يبلغ بها الشهرة قروي ابن ماجه من حديث المقدم بن معديكرب عنه عليه الصلاة والسلام قال ما من كسب الرجل كسب أطيب من عمل يده وما أنفق الرجل على نفسه وأهله وولده وخادمه فهو له صدقة وأخرجه النسائي عن ببيعة عن مجير بلفظ ما أطعمت نفسك فهو لك صدقة الحديث وأخرج ابن جبان في صحيحه عن أبي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيا رجل كسب ما لا حلالاً فاطعمه نفسه أو كساه من دونه من خلق الله تعالى فان له زكاة ورواه الحاكم الا أنه قال فان له زكاة وقال صحيح الاسناد ولم يخبر به وأخرج الحاكم أيضاً والدارقطني عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل معروف صدقة وما أنفق الرجل على نفسه وأهله فهو له صدقة وما وقى به عرضه صدقة الحديث وفيه فقلت لمحمد بن المنكدر ما معنى وقى به عرضه قال أن يعطى الشهاب عروذاً للسان المتقي وقال صحيح الاسناد وأخرج الطبراني عن أبي امامة عنه عليه الصلاة

وقوله (ولا يبيح يوسف ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته) ذكر الحديث شيخ الاسلام في مبسوطه والمراد منه الصدقة الموقوفة ولا يحل الاكل منه الا بشرط بالاجماع فدل على صحته وقوله (على ما بيناه) اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يتم الوقف عند أي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره الى جهة لا تنقطع أبداً بقوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك والى قوله ولا يبيح يوسف أن المقصود هو التقرب فعمل من هذا المجموع ان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القرينة

قال المصنف (وجه قول محمد رحمه الله تعالى عليه أن الوقف تبرع على وجه التملك) أقول فيه نوع مخالفته لما سبق من أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك ولما قاله الشارحون من أن في الوقف اباحة المنفعة لاعتليكه كما سبق في الدرس السابق وجوابه ان المنفعة غير العلة

ولو شرط الواقف ان يستبدل به أرضاً أخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف وعند محمد والوقف  
جائز والشرط باطل

والسلام قال من أنفق على نفسه نفقة فهي له صدقة ومن أنفق على امرأته وأهله وولده في حله  
صدقة وفي صحيح مسلم عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال لرجل ابدأ بنفسك فتصدق عليها فان  
فضل شيء فلا هلك الحديث فقد ترجح قول أبي يوسف قال الصدر الشهيد والفتوى على قول أبي يوسف  
ونحن أيضاً نفقته بقوله ترغيباً للناس في الوقف واختاره مشايخ بلخ وكذا ظاهر الهداية حيث أخر  
وجهه ولم يدفعه ومن صور الاشتراط لنفسه ما لو قال على أن يقضى دينه من غلته وكذا إذا قال اذا  
حدثت علي الموت وعلى ديني يسد من غلة هذا الوقف بقضاء ما عليّ فما فضل فعلي سبيله كل ذلك جائز  
وفي وقف الخصاص اذا شرط أن ينفق على نفسه وولده وحشمة وعياله من غلة هذا الوقف بقضاء غلته  
فباعها وقبض منها ثم مات قبل أن ينفق ذلك هل يكون ذلك ورثته أو لاهل الوقف قال يكون لورثته لانه  
قد حصل ذلك وكان له فقد عرف ان شرط بعض الغلة لا يلزم كونه بعضاً معيناً كالنصف والرابع وكذلك اذا  
قال اذا حدثت علي فلان الموت يعني الواقف نفسه أخرج من غلة هذا الوقف في كل سنة من عشرة أشهر  
مثلاً منهم يجعل في الحج عنه أو في كفارات أعيانه وفي كذا وكذا وسمى أشياء أو قال أخرج من هذه  
الصدقة في كل سنة كذا وكذا درهماً لتصرف في هذه الوجوه ويصرف الباقي في كذا وكذا على ما سبيله  
(قوله ولو شرط أن يستبدل به أرضاً أخرى) تكون وقفاً مكانه (فهو جائز عند أبي يوسف) وهذا  
والخصاف وهو استحسان وكذا لو قال على أن أبيعها وأشتري بثمنها أخرى مكاناً وقال محمد بصح الوقف  
ويبطل الشرط وليس له بعد استبداله مرة أن يستبدل ثانياً لانتهاء الشرط بمرة إلا أن يذ كر عبارة تفيد له  
ذلك دائماً وكذا ليس للقيم الاستبدال الآن ينص له بذلك وعلى وزان هذا لو شرط لنفسه ان يتقصد من  
المعالم اذا شاء ويزيد ويخرج من شاء ويستبدل به كان له ذلك وليس لقيمة الآن يجعله له واذا أدخل وأخرج  
مرة ليس له ثانياً الا بشرطه ولو شرطه للقيم ولم يشرطه لنفسه كان له ان يستبدل لنفسه لان افادته الولاية  
لغيره بذلك فرع كونه يملكها ولو قيد شرط الاستبدال للقيم بحياة الواقف ليس له ان يستبدل بعد موته  
وفي فتاوى قاضيان قول هلال وأبي يوسف هو الصحيح لان هذا شرط لا يبطل الوقف لان الوقف يقبل  
الانتقال من أرض الى أرض فان أرض الوقف اذا غصبها غاصب وأجرى عليها الماء حتى صارت بحراً  
لا تصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشتري بها أرضاً أخرى فتكون وقفاً مكانها وكذا أرض الوقف اذا قل  
زلها بحيث لا تحتمل الزراعة ولا تفضل غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الأرض في الاستبدال بأرض  
أخرى وفي نحو هذا عن الانصاري صحة الشرط لكن لا يبيعها الا باذن الحاكم وينبغي للحاكم ان يرفع  
اليه ولا منفعة في الوقف ان يأذن في بيعها اذا رآه أنظر لاهل الوقف واذا كان حاصله اثبات وقف آخر  
لم يكن شرطاً فاسداً هو اشتراط عدم حكمه وهو التأييد بل هو تأييد معنى ولا يقال حكم الوقف اذا صح  
الخروج عن ملكه فلا يمكن بيعه لا نقول حكم ذلك على وجه يتقصد فيه شرطه الذي شرط في أصل  
الوقف اذا لم يخالف أمره شرعياً وقد بينا ان شرط الاستبدال لا يخالفه فوجب اعتباره وكون شمس  
الأمّة ذكر مسألة ثم قال ولهذا تبين خطأ من يجوز استبدال الوقف وكذا ما عن ظهير الدين رجوعه عنه  
بعد ان كان يفتي به لا يوجب اتباعه مع قيام وجه غيره ولو أريد تجوز الاستبدال بغير شرط الاستبدال  
فيما اذا كان أحسن للوقف كان حسناً والحاصل ان الاستبدال امان شرطه الاستبدال وهو مسألة  
الكتاب أولاً عن شرطه فان كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليه به فينبغي ان لا يختلف فيه  
كالصورتين المذكورتين لقاضيان وان كان لانه بل اتفق أنه يمكن أن يؤخذ بثمن الوقف ما هو خير  
منه مع كونه منتفعاً به فينبغي ان لا يجوز لان الواجب ابقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة أخرى ولانه

ولو شرط الواقف ان يستبدل  
به أرضاً أخرى اذا شاء ذلك  
جائز عند أبي يوسف كما هو  
مذهبهم في التوسع في  
الوقف وعند محمد الوقف  
جائز والشرط باطل لان  
هذا الشرط لا يؤثر في المنع  
من زواله والوقف يتم بذلك  
ولا ينعقد به معنى التأييد  
في أصل الوقف فيعلم الوقف  
بشرطه ويبقى الاستبدال  
شرطاً فاسداً فيكون باطلاً  
في نفسه كالسجد اذا شرط  
الاستبدال به أو شرط أن  
يصل في فيه قوم دون قوم  
فالشرط باطل واتخاذ المسجد  
صحيح فلهذا مثله

ولو شرط الخيار لنفسه في الرقب ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف وعند محمد الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا

لا يوجب التجوز لأن الموجب في الأول الشرط وفي الثاني الضرورة ولا ضرورة في هذا إذا لم يجب الزيادة فيه بل ببقية كما كان ولعل محل ما نقل عن السير الكبير من قوله استبدال الوقف باطل إلا في رواية عن أبي يوسف هذا الاستبدال والاستبدال بالشرط مذهب أبي يوسف المشهور عنه المعروف لا يجزى رواية والاستبدال الثاني ينبغي أن لا يختلف فيه كما قلنا وفي فتاوى قاضيان أجمعوا أن الواقف إذا شرط الاستبدال لنفسه بصرح الشرط والوقف وبذلك الاستبدال بما لا بشرط أشار في السير إلى أنه لا يملكه إلا بأذن القاضي ولا ينبغي أن محل الإجماع المذكور كون الاستبدال لنفسه إذا شرطه وفي القاضي فيما لا بشرط فيه لا في أصل الاستبدال والافق وقد نقل الخلاف وعرف من هذا أن محل ما ذكرناه عن الانصاري ما إذا لم بشرطه لنفسه ثم إذا اشترى البذل للوقف صار وقفا ولا يتوقف وقفيته على أن يقفه بلفظ يخصه وليس للقيم أن يوصي بالاستبدال لمن يوصي إليه عند موته بالوقف ومن فروع الاستبدال لو قال على أن أبيعها بقليل أو كثير أو على أن أبيعها وأشتري بثمن أعبدانص هلال على فساد الوقف كأنه قال على أن أبطلها ولو اقتصر على قوله على أن أبيعها وأشتري بثمن أرضا جاز استحسانا وإذا قال على أن استبدل أرضا أخرى ليس له أن يجعل البذل دارا وكذا على العكس ولو قال بأرض من البصرة ليس له أن يستبدل من غير هلال إلا ما كان قد يختلف في جودة الأرض وينبغي أن كانت أحسن أن لا يجوز لأنه خلاف إلى غير ولو شرط الاستبدال ولم يبد كرشيا استبدال ماشاء من العقار خاصة ولو باع الوقف بغير فاعس لا يجوز البيع ولو قبض الثمن ثم مات ولم يبين حاله فهو دين في تركه وكذا لو استعمله كمالو وضع الثمن في يده فلا ضمان عليه ولو اشترى بالثمن عرضا لا يكون وقفا فهو له والدين عليه ولو وجبه من المشتري صحت الهبة ويضمنه في قول أبي حنيفة ومنعه أبو يوسف أموال قبض الثمن ثم وجبه فالهبة باطلان اتفاقا ولو باعه بعرض ففي قياس قول أبي حنيفة يصح وقال أبو يوسف وهلال لا يملك البيع إلا بالنص أو بأرض تكون وقفا مكانها وإذا باع الوقف ثم عاد إليه بما هو فسخ من كل وجه كأنه أن يبيعها ثانيا وإن عادت بعد جدي لا يملك بيعها لأنها صارت وقفا فكانه اشتري غيرها الآن يكون عم لنفسه الاستبدال ولو ردت بعيب بقضاء أو بغير قضاء بعد القبض أو قبل القبض بقضاء عادت وقفا وكذا إذا قال المشتري قبل القبض أو بعده فله أن يصنع بالأخرى ماشاء ولو استحققت الأولى في القياس تبقى الثانية وقفا وفي الاستحسان لأن الثانية كانت وقفا بدلا عن الأولى وبالاتفاق انتقضت تلك المبادلة من كل وجه فلا تبقى الثانية وقفا ولو شرط لنفسه أن يستبدل فوكل به جاز ولو أوصى به عند موته لم يكن للوصي ذلك لأن في الوكالة وهو حي لو تمكن نخله أمكنه الاستبدال بخلاف الوصي ولو شرط الاستبدال لنفسه مع آخر على أن يستبدل لهما فنفرد بذلك الرجل لا يجوز ولو تفرده الواقف جاز لأنه هو الذي شرطه لذلك وما شرط لغيره فهو مشروط له كما لو نصب قاضيا بلدين كل قضا كان لكل أن يتصرف وحده ولو أن أحدهذين القاضيين أراد أن يعزل الذي أقامه القاضي الآخر قال إذا رأى المصلحة في ذلك كان له عزله والأقلا (قوله ولو شرط) أي الواقف (الخيار لنفسه ثلاثة أيام) بأن قال وقف دارى هذه على كذا على أنى بالخيار ثلاثة أيام (جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الوقف باطل) وهو قول الشافعي وأحمد وهلال قال المصنف (وهذا بناء على ما ذكرنا) يريد الأصل المختلف فيه أعنى شرط التسليم فإن محمد الماشرط تمام القبض لينقطع حق الواقف فلا شك أن شرط الخيار ينفوت معه الشرط المذكور لأنه لا يتصور معه تمام القبض وأما أبو يوسف فمالم بشرط تمام قبض متول أتبني عليه جواز شرط الخيار وروى عن أبي يوسف أن الوقف جائز والشرط باطل وهو قول يوسف بن خالد

ولو شرط الواقف الخيار لنفسه في الرقب ثلاثة أيام جاز الوقف والخيار عند أبي يوسف بناء على التوسعة كما هو وعند محمد الوقف باطل وإنما قيد بقوله ثلاثة أيام لتكون مدة الخيار معلومة حتى لو كانت مجهولة لا يجوز الوقف على قول أبي يوسف أيضا (قوله وهذا) أي الخلاف (بناء على ما ذكرناه) إشارة إلى أن جعل غلة الوقف لنفسه جائز عند أبي يوسف فإنه لما جاز أن يستثنى الواقف الغلة لنفسه مادام حيا فكذلك يجوز اشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام ليرى النظر فيه وعند محمد لم يجر ذلك لم يجوز اشتراط الخيار لنفسه أيضا وبهذا البناء صرح في المبسوط ثم لم يصرح الوقف بشرط الخيار عند محمد ينقلب الوقف جائزا باطل الخيار بعد ذلك لأن الوقف لا يجوز إلا مشروطا بشرط الخيار يمنع التابيد فكان شرط الخيار شرطا فاسدا في نفس العقد فكان المفسد قويا

(قوله فإنه لما جاز أن يستثنى إلى قوله أيضا) أقول وفي الملازمة الأولى نوع تأمل



(قوله) وأما فصل الولاية فقد (٦٠) نص فيه) أي فقد نص القدروري في فصل الولاية بالجواز على قول أبي يوسف

وأما فصل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب وذ كر هلال في وقفه وقال أقوام إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية وإن لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا لا يشبه أن يكون هذا قول محمد لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فإذا لم يبين له ولاية فيه

السمي لأن الوقف كالأعناق في أنه إزالة الملك لا إلى مالك ولو اعتق على أنه بالخيار عتق وبطل الشرط فكذا يجب هذا إذا اتفقوا على أن شرط الخيار في المسجد يبطل ويتم وقف المسجد ومثل ذلك قال الهندواني على قول محمد ينبغي أن يجوز الوقف ويبطل الشرط لأنه شرط فاسد فلا يؤثر في المنع من الزوال ولكن محمد يقول بتمام الرضا والقبض يتم الوقف ومع شرط الخيار لا يتم الرضا ولا القبض فكان كالا كراه على الوقف فلا يتم منه بخلاف المسجد فإن القبض ليس شرطا فيه عنده بل إقامة الصلاة فيه بجماعة وكذا في الاعناق فإن القبض فيه ليس شرطا والحاصل أنه إن تم له شرط التسليم في أصل الوقف ثم له هذا وقد منما فيه وتقدم الخيار بثلاثة أيام ليس قيد بل أن يكون معلوما حتى لو كانت محجولة بأن وقف على أنه بالخيار لا يجوز بالاتفاق وكذا روى عن أبي يوسف أنه قال إن بين الخيار وقتا جازا للوقف والشرط وإن لم يوقت له فالوقف والشرط باطلان ثم إذا لم يصح الوقف مع شرط الخيار عند محمد فلو بطل الخيار قبل الثلاث لم يصح لأن الوقف لا يجوز إلا مؤبدا والخيار يمنع التأبد وكان شرط الخيار في نفس العقد بخلاف البيع فإن الخيار فيه لا يمنع جوازه بل يفسده إذا شرطه أكثر من ثلاثة أيام لا ممتنع لزوم العقد بعد الأيام الثلاثة فلم يكن الفساد في صلب العقد فإذا أسقطه قبل الثلاث جاز في فتاوى قاضيان ولا يبطل الوقف بالشرط الفاسد ولهذا الوقف أرضا على رجل على أن يقرضه دراهم جاز الوقف وبطل الشرط وفي فتاوى قاضيان أيضا قال الفقيه أبو جعفر اعتناق المشتري قبل القبض جائز وقبل نقد الثمن موقوف فكذا الوقف ولو اشترى أرضا فوقفها ثم أطلع على عيب رجع بنقصان العيب ولا يكون للوقف بل إن يصنع به ما شاء ففروغ في اشتري أرضا على أنه بالخيار فوقفها ثم أسقط الخيار صح ولو كان الخيار للبائع فوقفها المشتري ثم أسقط البائع الخيار لا تكون وقفا ولو وقفها البائع صح ولو وقف الموهوب له الأرض قبل قبضها ثم قبضها لا يصح الوقف وكذا الوقف الموصى له به قبل موت الموصى ثم مات الموصى وكذا الوقف في الشراء الفاسد قبل قبضها (قوله) وأما فصل الولاية فقد نص فيه) أي القدروري (على قول أبي يوسف) حيث قال أوجب الولاية إليه جاز على قول أبي يوسف (وهو قول هلال أيضا) قال المصنف (وهو ظاهر المذهب وذ كر هلال في وقفه) فقال (وقال أقوام إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية وإن لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا لا يشبه أن يكون قول محمد لأن من أصله) أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه) فهذا يدل على أنه لم يثبت تصريح محمد به ولذا أطلق المصنف قوله وهو ظاهر المذهب وأورد على هذا أن مقتضى اشتراط محمد التسليم إلى القيم أن لا يثبت للواقف ولاية وإن شرطها لنفسه لأنه يناقض هذا الشرط أحجب بوجهين أحدهما أن تأويل ذلك أن يكون شرط الولاية لنفسه ثم سلمها إلى المتولى فإن الولاية تكون له عند محمد فانه ذكر في فتاوى قاضيان ذكر محمد في السير أنه إذا وقف ضيعة وأخرجها إلى القيم لا تكون له ولاية بعد ذلك إلا إذا كان شرط الولاية لنفسه وأما إذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم إلى أن قال وهذه المسئلة بناء على أن عند محمد التسليم إلى المتولى شرط الوقف فلا تبقى له ولاية بعد التسليم إلا أن يشترط الولاية لنفسه أما على قول أبي يوسف فالنفس إلى المتولى ليس بشرط فكانت الولاية للواقف وإن لم يشترط الولاية لنفسه

بقوله وإذا جعل الواقف إلى قوله جاز عند أبي يوسف وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب وذ كر هلال في وقفه وقال أقوام إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية وإن لم يشترط لم تكن له ولاية وهذا بظاهره لا يستقيم على قول أبي يوسف لأن الولاية شرط أو مكت ولا على قول محمد لأن التسليم إلى المتولى شرط صحة الوقف فكيف يصح أن يشترط الواقف الولاية لنفسه وهو يمنع التسليم إلى المتولى فلهذا أوله بعض مشايخنا وقالوا لا يشبه أن يكون هذا قول محمد لأن من أصله أن التسليم الخ ومعناه إذا سلم إلى المتولى وقد شرط الولاية لنفسه حين وقفه كان له الولاية بعد ما سلمه إلى المتولى والدليل على ذلك ما ذكره محمد في السير إذا وقف ضيعة وأخرجها إلى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك إلا أن يشترط الولاية لنفسه وأما إذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم قال قاضيان وهذه المسئلة بناء على أن عند محمد التسليم إلى المتولى شرط الوقف فلا تبقى له ولاية بعد التسليم إلا أن يشترط الولاية لنفسه أما على قول أبي يوسف فالنفس إلى المتولى ليس بشرط فكانت الولاية للواقف وإن لم يشترط الولاية لنفسه

ولنا ان المتولى انما يستفيد الزلاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الزلاية وغيره يستفيد  
 زلاية منه ولانه أقرب الناس الى هذا الوقف فيكون أولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون أولى بعمارته  
 من نصب المؤذن فيه ولكن أعتق عبدا كان الزلاية له أقرب الناس اليه ولو أن الواقف شرط بولايته لنفسه  
 وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللتامنى أن يتزعمها من يده نظرا للفقراء كاله أن يخرج الوصى نظرا  
 للمعسر وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان ولا لقاض أن يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف  
 لحكم الشرع فيبطل

فصل في

شرورته سقوط التسليم قال في النهاية كذا وجدت في موضع بخط ثقة وقد منافرا عا آخر على اشتراط  
 التسليم عند الكلام عليه ثم استدلل المصنف على قول أبي يوسف الذي جعله ظاهر المذهب بقوله (ولنا  
 أن المتولى انما يستفيد الزلاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له زلاية وغيره يستفيد عامنه)  
 ولنا أن يمنع استفادة الزلاية منه على تقدير كون التسليم شرطا لانه بالتسليم يخرج عن ملكه فيصير  
 أجنبيا عنه فيجب كون الزلاية قيسه للحاكم يولى فيه من شاء من يصلح لذلك وهو من لم يسأل الزلاية في  
 الوقف وليس فيه فسق يعرف بناء على خلو ص الحق لله عز وجل لان الحاكم هو الذى يتولى حقوق  
 الله تعالى وهو مخير للشافعية فلا بد لكون الزلاية له بعد خروجه عن ملكه وعدم اشتراطه لنفسه من  
 دليل بخلاف ما اذا شرطها لنفسه وقد يتم قوله (ولانه أقرب الناس الى الوقف فكان أولى بولايته) دليلا  
 على ذلك فان القاضى ليس أقرب منه اليه والفرص أن الواقف عدل مأمون فهو أحق من القاضى لانه  
 وان زال المال فهو على وجه تعود منفعة الواقف بصرفه الى الجهات التى عينها وهو أنصح لنفسه من غيره  
 فينتصب وليا وقوله (كمن اتخذ مسجدا كان أولى بعمارته ونصب المؤذن وكمن أعتق عبدا كان الزلاية  
 لانه أقرب الناس اليه) أما عمارته فلا خلاف يعلم فيه وأما نصب المؤذن والامام فقال أبو نصر فلا هل الحجة  
 وليس البانى أحق منهم بذلك وقال أبو بكر الاسكاف البانى أحق بنصبه ما من غيره كالمارة قال أبو الليث  
 وبه نأخذ الا أن يريد ما مومنا والقوم يريدون الاصل فلهم أن يفعلوا ذلك كذا فى النوازل (ثم اذا  
 شرط الواقف الزلاية لنفسه وكان غير مأمون على الوقف فلا قاضى أن يخرج نظرا للفقراء كاله ان يخرج  
 الوصى نظرا للمعسر وكذا لو شرط أن ليس للسلطان ولا لقاض أن يخرجها من يده ويوليها غيره) لا يلتفت الى  
 شرطه اذا كان غير مأمون لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل وصرح بأن مما يخرج به الناظر ما اذا  
 ظهر به فسق كسرب الخمر وشكره وفى فتاوى قاضى خان لوجعل الواقف ولاية الوقف الى رجلين بعد  
 موته فأوصى احدهما الى صاحبه فى أمر الوقف ومات جاز تصرف الحى فى جميع الوقف وعن أبي  
 حنيفة لا يجوز لانه انما وصى برأيه ما وفيه الوجه لارضه وقف اقرب من مرض الموت فجعل رجلا وصى  
 نفسه ولم يذكر من أمر الوقف شيئا فان ولاية الوقف لا تكون الى الوصى ولو قال أنت وصى فى أمر الوقف  
 خاصة قال أبو يوسف هو كمال وقال أبو حنيفة هو وصى فى الاشياء كلها

فصل في ما يختص المسجد بالحكم المخالف أحكام مطلق الوقف عند الثلاثة فعند أبي حنيفة لا يشترط  
 في زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم ولا الايصاء به ولا يجوز مشاعا عند أبي يوسف ولا يشترط التسليم  
 الى المتولى عند محمد أفرد به فصل على حدته وآخره هذا ويمكن أن يجعل من ذلك أيضا ما لو اشترى أرضا  
 شراء فاسدا وقبضها ثم وقفها على الفقراء جاز وزع عليه قيمتها للفقراء ولو اتخذها مسجدا قال الفقيه أبو جعفر  
 ذكر محمد فى كتاب الشفعة انه لو اشترى أرضا ثم اشترى أرضا فاسدا وبناها بناء المسجد جاز عند أبي حنيفة وصلى الله  
 عنه وعليه قيمة البائع وقول أبي يوسف ومحمد يتقضى البناء وترد الارض الى البائع بفساد البيع قال  
 فاشترط البناء له دليل على ان لا يكون مسجدا قبل البناء عند الكل وذكر هلال انه يصير مسجدا فى قول

وقوله (ولنا ان المتولى انما  
 يستفيد الزلاية من جهته)  
 استدلال لابي يوسف وعبر  
 عنه بقوله ولنا اشارة الى انه  
 المختار وكلامه الباقي ظاهر  
 لا يحتاج الى شرح والله أعلم  
 فصل في فصل أحكام  
 المسجد عما قبله فى فصل على  
 حدة مخالفة أحكامه لما قبله  
 فى عدم اشتراط التسليم الى  
 المتولى عند محمد ومنع  
 الشيوع عند أبي يوسف  
 وخروجه عن ملك الواقف  
 عند أبي حنيفة وان لم يحكم  
 به الحاكم فرق أبو حنيفة  
 بين الوقف والمسجد فان الوقف  
 اذا لم يحكم به الحاكم ولم يكن  
 موصى به ولا مضافا الى  
 ما بعد الموت كان له أن يرجع  
 فيه وأما المسجد فليس له أن  
 يرجع فيه ولا يبيعه ولا  
 يورث عنه لان الوقف اجتمع  
 فيه معنيان الحبس  
 والصدقة فاذا قال وقفت  
 فكانت له قال حبست العين  
 على ملكي وتصدت بالغلة  
 ولو صرح بذلك لا يصح  
 ما لم يوص به لان التصديق  
 بالغلة المدومة لا يصح  
 فاذا أوصى به أو أضافه الى  
 ما بعد الموت كان لازما بعد  
 موته

فصل في

وإذا بنى مسجد الميرل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقة وبأذن للناس بالصلاة فيه فإذا صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة عن ملكه) أما إذا فرز فلانه لا يخلص لله تعالى الإبه وأما الصلاة فيه فلانه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه أو لانه لما عذر القبض فتمام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفى بصلاة الواحدة فيه في رواية عن أبي حنيفة وكذا عن محمد لأن فعل الجنس متعذر فيشترط أدناه وعن محمد أنه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد بنى لذلك في الغالب (وقال أبو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا) لأن التسليم عنده ليس بشرط لانه إسقاط للملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق

أصحابنا فصار فيه روايتان قال الفقيه أبو جعفر في الوقف أيتان وإيتان والفرق على احدهما عند هذا القائل أن في الوقف حق العباد كالبيع والهبة وأما المسجد فخالص حق الله تعالى وما هو خبيث لا يصلح لله تعالى ولهذا قالوا الراشدي دار الهاشمية ففعلها مسجدا كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة وكذا إذا كان للبايع حق الاسترداد كان له أن يبطل المسجد (قوله وإذا بنى مسجد الميرل ملكه عنه حتى يفرزه بطريقة عن ملكه وبأذن للناس في الصلاة فيه فإذا صلى فيه واحد زال ملكه عند أبي حنيفة) ومحمد في رواية عنهم ما في رواية أخرى عن مالك لا يزول إلا بالصلاة جماعة وعند أبي يوسف يزول ملكه بمجرد قوله جعلته مسجدا أما قوله ما فلان الملك لم يزول بمجرد القول فشي محمد على أصله في اشتراط التسليم لكن لا يتعين المتولى لأن تعيينه لتحقيق التسليم إلى من أخرج إليه وهو الله سبحانه وتعالى ولا يتحقق إلا في ضمن التسليم إلى العبد على ما مر لا كل عبد بل الذي تعود منفعة إليه غير أن المتولى يقام مقامهم في القبض ومقام الواقف في إقبال الغلة لهم لكل وقف في العادة فتعين ولم تجر العادة بذلك أذ ليس له غلة يستحقها الناس فأقيم حصول المقصود مقام التسليم وهو بالصلاة فيه وعلى هذا يخرج عن الملك بالصلاة المنفرد لأن قبض الجنس متعذرا فكتفى بالواحد وعلى هذه الرواية اختلف الوصلي الواقف بنفسه وحده والصحيح أنه لا يكتفى لأن الصلاة إنما يشترط لأجل القبض للعامة وقبضه من نفسه لا يكتفى فكذا صلاته ووجه رولية اشتراط الجماعة أنها المقصود بالمسجد لا مطلق الصلاة فانما يتحقق في غير المسجد فكان تحقيق المقصود منه بالصلاة بالجماعة ولهذا يشترط كونها بأذن وإقامة عندهما ولو جعل له واحد أو ثلثا وأما ما فأنه وأقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لأن أداء الصلاة على هذا الوجه بالجماعة ولهذا قالوا لا يكره بعد صلاة المؤذن هذه أن تعاد بالجماعة لمن يأتي بعده على هذا الوجه عند البعض وقولنا لا يتعين المتولى يفيد أنه لو سلمه إلى متول جعله له صح وان لم يصل فيه أحد وفيه اختلاف المشايخ والوجه الصحة لأن بالتسليم إلى المتولى أيضا يحصل تمام التسليم إليه تعالى لرفع يده عنه ووجه قول أبي حنيفة في الفرق بين المسجد وغيره في الخروج عن الملك بالأحكام مما سألني بأن لفظ الوقف والصدقة في قول الواقف جعلت أرضي صدقة موقوفة ونحوها لا يوجب الخروج عن الملك لأن لفظ الوقف لا يني عنه والصدقة ليس معناها إلا التصديق بالغلة وهي معدومة فلا يصح بل الوقف يني عن الإبقاء في الملك لتحصل الغلة على ملكه فيصدق بها فيحتاج إلى حكم الحاكم لاخرجه عن ملكه إلى غير مالك في محل الاجتهاد بخلاف قوله جعلته مسجدا فإنه ليس منبثاعن إبقاء الملك فيحتاج إلى القضاء برؤاه فاذا أذن في الصلاة فيه فصلى كما ذكرنا قضى العرف في ذلك بخروجه عنه ومقتضى هذا أمران أحدهما أنه لا يحتاج في جعله مسجدا إلى قوله وقفته ونحوه وهو كذلك وبه قال مالك وأحمد وقال الشافعي لا بد من قوله وقفته أو حبسته ونحو ذلك لانه وقف على قرية فكان كالوقف على الفقراء ونحن نقول أن العرف جار بأن الأذن في الصلاة على وجه العموم والتولية يفيد الوقف على هذه الجهة فكان كالتعبير به فكان كمن قدم طعاما إلى ضيفه أو نثر ثارا كان أذنا في أكاه والتقاطه بخلاف الوقف على الفقراء لم تجر عادة فيه بمجرد التولية والأذن بالاستغلال ولو جرت به عادة في العرف

وأما إذا نال جعلت أرضي مسجدا فليس فيه ما يوجب البقاء على ملكه فلو أزاله الله تعالى لم يكن له أن يرجع كما أزاله بالاعتاق وكلامه واضح وقوله (وعن محمد أنه يشترط الصلاة فيه بالجماعة) وهو رواية عن أبي حنيفة أيضا ويشترط مع ذلك أن تكون الصلاة جهرية بأذن وإقامة حتى لو صلى جماعة بغير إذن وإقامة سرا لا يصير مسجدا عند أبي حنيفة ومحمد فان أذن رجل واحد وأقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لأن صلاته على هذا الوصف كالجماعة

وإذا بنى مسجدا

وقوله (وقد بيناه من قبل) اشارة الى ما قال عند قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد بقوله لهما أن هو يجب الوقف زوال الملك بدون التملك وأنه يتأبد كالعق والسرداب أكبر السنين مع ربادة وهو بيت (٢٢٣) يتخذ تحت الأرض للتبريد وقوله

(فله أن يبيعه) أي لا يكون مسجدا وهو ظاهر الرواية لان المسجد ما يكون خالصا لله تعالى قال تعالى وإن المساجد لله أضاف المساجد الى ذاته مع أن جميع الاماكن له فاقضى ذلك خلاص المساجد لله تعالى ومع بقاء حق العباد في أسفله أو في أعلاه لا يتحقق الخلوص

وقد بيناه من قبل قال ومن جعل مسجدا فتحته سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه وإن مات يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كافي مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه انه قال اذا جعل السفلى مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفلى دون العلو وعن محمد علي عكس هذا لان المسجد معظم واذا كان فوقه مسكن أو مستغل يتعذر تعظيمه وعن أبي يوسف انه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة وعن محمد انه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلنا قال (وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول فيه) يعني له أن يبيعه ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصير مسجدا ولانه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن محمد انه لا يباع ولا يورث ولا يوهب) اعتبره مسجدا وهكذا عن أبي يوسف انه يصير مسجدا لانه لما رضى بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الاجارة من غير ذكر

اكتفينا بذلك كسئلنا والثاني انه لو قال وقفته مسجدا ولم يأذن في الصلاة فيه ولم يصل فيه أحد لا يصير مسجدا بلا حكم وهو بعيد وأبو يوسف رحمه الله مر على أصله من زوال الملك بمجرد القول اذن في الصلاة أو لم يأذن ويصير مسجدا بلا حكم لانه اسقاط كالاتفاق وبه قالت الأئمة الثلاثة وينبغي أن يكون قول أبي يوسف ان كلاً من مجرد القول والاذن كما قالوا موجب لزوال الملك وصيرورته مسجدا ما ذكرنا من العرف (قوله ومن جعل مسجدا فتحته سرداب) وهو بيت يتخذ تحت الأرض لتبريد الماء وغيره (أو فوقه بيت) ليس للمسجد واحد منهم ما ليس بمسجد (وله يبيعه ويورث عنه اذامات) ولو عزل بابا الى الطريق (لبقاء حق العبد متعلقا به) والمسجد خالص لله سبحانه ليس لاحد فيه حق قال الله تعالى وإن المساجد لله مع العلم بان كل شيء له فكان فائدة هذه الاضافة اختصاصه به وهو بانقطاع حق كل من سواه عنه وهو منتف فبما ذكرنا اذا كان السفلى مسجدا فان لصاحب العلو حق في السفلى حتى يمنع صاحبه أن ينقب فيه كوة أو يتصدق فيه وتداعى قول أبي حنيفة وباتفاقهم لا يحدث فيه بناء ولا ما يورث البناء الا بأذن صاحب العلو وأما اذا كان العلو مسجدا فلا أن أرض العلو ملك لصاحب السفلى بخلاف ما اذا كان السرداب أو العلو موقفا لصاحب المسجد فانه يجوز اذلا ملك فيه لاحد بل هو من تميم مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس هذا هو ظاهر المذهب وروى عن أبي حنيفة انه اذا جعل السفلى مسجدا دون العلو جاز لانه يتأبد بخلاف العلو وهذا لتبديل الحكم بوجود الشرط فان التأبد شرط وهو مع المقتضى وانما ثبت الحكم معهما مع عدم المانع وهو تعلق حق واحد وعن محمد عكسه لان المسجد معظم وهو لتبديل بحكم الشيء وهو متوقف على وجوده (وعن أبي يوسف انه جوز ذلك في الاوabin لما دخل بغداد ورأى ضيق الاماكن و) كذا (عن محمد لما دخل الري) وهذا لتبديل صحيح لانه لتبديل بالضرورة (وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس فيه) اذنا عاما (له أن يبيعه ويورث عنه لان المسجد ليس لاحد حق المنع منه واذا كان ملكه محيطا بجوانبه) الاربع (كان له حق المنع فلم يصير مسجدا ولانه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى) وعن كل من أبي حنيفة ومحمد انه يصير مسجدا لانه لما رضى أن يكون مسجدا ولم يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق حتى لو عزل بابا الى الطريق الا اعظم صار مسجدا

قوله وقوله وقد بيناه من قبل اشارة الى ما قال عند قوله ولا يتم الوقف الخ) أقول وفيه بحث بل هو اشارة الى قوله واذا كان الملك يزول بالقول عند أبي يوسف الخ

(قوله ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه) على بناء المفعول (يبقى مسجد عند أبي يوسف) الى ان قال وعند شهيد يعود الى ملك الباني قال في النهاية وفي الحقيقة هذه المسئلة مبنية على ما ينشأ فان أبا يوسف لا يشترط في الابتداء إقامة الصلاة فيه ليصير مسجداً فكذلك في الانتهاء وان ترك الناس الصلاة فيه لا يخرج من أن يكون مسجداً ومحمد يشترط في الابتداء إقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجداً فكذلك في الانتهاء وإذا ترك الناس (٦٤) الصلاة فيه بالجماعة يخرج من أن يكون مسجداً وحكي ان محمد امر عزير به فقال

هذا مسجد أبي يوسف يريد به انه لما لم يقل بعمره الى ملك الباني يصير من به عند قنابل المدة وهو أبو يوسف باسطيل فقال هذا مسجد محمد يعني انه لما قال يعود ملكاً فربما يتصور له المسالك اصطلاحاً بعد ان كان مسجداً فكل واحد منهما ما استبعد مذهب صاحبه لما أشار اليه استدلالاً أبو يوسف بأنه سقط ملكه في ذلك المتدار فلا يعود الى ملكه واستظهر بالكعبة فان في زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به عن ان يكون موضعاً للطاعة والقربة خالصاً تعالى فكذلك في سائر المساجد ومحمد يقول عين هذا الجزء من ملكه مصر ووالي قرية بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه أو ملكاً وارثه وصار كحشيش المسجد وحصره اذا استغنى عنه الآن أبا يوسف يقول في الحصر والحشيش ينقل الى مسجد آخر

قال (ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه) لانه تجرد عن حق العباد وصار خالصاً وهذا لان الأشياء كلها لله تعالى وإذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجوع الى أصله فانقطع تصرفه عنه كإفراق الاعناق ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجداً عند أبي يوسف لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد يعود الى ملك الباني أو الى وارثه بعد موته لانه عينه لتو عقرية وقد انقطعت فصار كحصر المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه الآن أبا يوسف يقول في الحصر والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر

وصار داخل بلاذ كرم يدخل في الاجارة بلاذ كرم (قوله ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع ولا يورث عنه) يعني بعد صحت بشرطه وفي فتاوى قاضي خان رجل له ساحة لآباء فيه أمر قوماً أن يصرفوا فيها بجماعة قالوا ان أمرهم بالصلاة فيها أبداً أو أمرهم بالصلاة بجماعة ولم يذ كر الا بد لانه أراد الا بد ثم مات لا يكون ميراثاً عنه وان أمرهم بالصلاة شهر أو سنة ثم مات يورث لانه لا بد من التأيد والتوقيت يتأقبه ومقتضى هذا أن لا يصير مسجداً فيما اذا أطلق الا اذا اعترفت الورثة بأنه أراد الا بد فان نيته لا تعلم فلا يحكم عليهم بمنع ارتهم بحال ثبت ولو ضاق المسجد وبجنبه أرض وقف عليه أو طائفت جاز أن يؤخذ وذو يدخل فيه ولو كان ملك رجل أخذ بالقيمة كرهافلو كان طريقاً للعامية أدخل بعضه بشرط أن لا يضرب الطريق وفي كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقيه أبي جعفر عن هشام عن محمد أنه يجوز أن يجعل شيء من الطريق مسجداً أو يجعل شيء من المسجد طريقاً للعامية اه يعني اذا احتاجوا الى ذلك ولأهل المسجد أن يجعلوا الرحبة مسجداً وكذا على القلب ويجعلوا الباب أو يحسدوا له باباً آخر ولو اختلفوا ينظر أيهم أكثر ولاية له ذلك ولهم أن يهدموه ويحسدوه وليس لمن ليس من أهل المحلة ذلك وكذا لهم أن يضعوا الحجاب ويعلقوا القناديل ويفرشوا الحصر كل ذلك من مال أنفسهم وأما من مال الوقف فلا يفسد غير المتولى الا باذن القاضي الكل من الخلاصة الا ان قوله وعلى القلب بمقتضى جعل المسجد درجة وفيه نظر وقد ذكر المصنف في علامة النون من كتاب التجنيس قيم المسجد اذا أراد أن يبني حوائط في المسجد أو في قنائه لا يجوز له أن يفعل لانه اذا جعل المسجد سكناً سقط حرمة المسجد وأما القضاء لانه تبع للمسجد (قوله ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه) أي استغنى عن الصلاة فيه أهل تلك المحلة أو القرية بان كان في قرية غريبة وحولت حزارع يبقى مسجداً على حاله عند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي وعن أحمد يباع نقضه ويصرف الى مسجد آخر وكذا في الدار المسقوفة اذا خربت يباع نقضها ويصرف عنها الى وقف آخر لما روي أن عمر كتب الى أبي موسى لما نهب بيت المال الذي بالكوفة أنقل المسجد الذي بالتيارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد (وعن محمد يعود الى ملك الواقف) ان كان حياً (والى ورثته) ان كان ميتاً وان لم يعرف بانيه ولا ورثته كان لهم بيعه والاستعانة بثمنه في بناء مسجد آخر وجه قوله انه (عينه) لقرية وقد انقطعت فينقطع هو أيضاً وصار كحصر المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه (وقد يله اذا خرب المسجد يعود الى ملك متحده) وكما لو كفن ميتاً فاقرسه سبع عاد الكفن الى ملك مالكة

قال المصنف (ولو خرب ما حول المسجد واستغنى

عنه يبقى مسجداً عند أبي يوسف الى قوله وعند محمد يعود الى ملك الباني) أقول قال السكاكي حكي أن محمد امر عزير به فقال هذا مسجد محمد لانه لما عاد الى ملك الواقف ربما يجعله اصطلاحاً يعود الزمان انتهى في توجه طعن أبي يوسف تأمل فان الاستبعاد في بقاءه مسجداً على تلك الحال كلف المزبلة على قول أبي يوسف وليس الاصطلاح كذلك عند محمد فانه خرج عن أن يكون مسجداً فسقط ملكه في ذلك المقدار من الزمان وكهدي



وكهدي الاحصار اذا زال الاحصار فأترك الحج كان له أن يصنع بهديه ماشاء واستدل أبو يوسف  
 وجهه ورأى العلماء بالكعبة فان الاجتماع على عدم خروج موضعها عن المسجدية والقربة الا أن لقائل  
 أن يقرئ القربة التي عرفت له هو الطواف من أهل الآفاق ولم ينقطع الخلق عن ذلك زمان الفترة وان  
 كان لا يصح منهم لكفرهم على أن الايمان لم ينقطع من الدنيا رأسا فقد كان مثل قس بن ساعدة أمثال  
 فلأوجه أنه بعد تحقق سبب سقوط الملك فيه لا يعود كالعتق كالأب لا يعود اذا زال الى مالك من أهل الدنيا  
 الا بسبب بوجوب تجديد الملك فمالم يتحقق لم يعد وأما ما فاس عليه من هدي الاحصار فليس بلازم لانه  
 لمزل ملكه قبل الذبح وكذا الكفن باق على ملكه الكعبة اغاأباح الانتفاع به على ملكه وقد استغنى  
 المستعير فيعود الى المعير وأما الحصير والقنديل فالصحيح من مذهب أبي يوسف أنه لا يعود الى ملك  
 متخذ بل يحول الى مسجد آخر أو يبيعه قيم المسجد للمسجد ولأنه ما جعله مسجد أصلي فيه أهل تلك المحلة  
 لا غير بل يصلي فيه العامة مطلقا أهل تلك المحلة وغيرهم وأما استدلال أحمد بما كتبه عمر لا يفيد  
 لأنه يمكن أنه أمره بالتخاذه في المال في المسجد واستدلاله بالانتفاع بالاستبدال مردود بالحديث  
 المشهور وفي الخلاصة قال محمد في الفرس اذا جعله جيسا في سبيل الله فصار بحيث لا يستطيع أن  
 يركب يباع ويصرف عنه الى صاحبه أو ورثته كافي المسجد وان لم يعلم صاحبه يشتري بثمنه فرس آخر  
 يغزى عليه ولا حاجة الى الحاكم ولو جعل جنازة وملاة ومغتسلا ووقف في محلة ومات أهلها كلهم  
 لا يرد الى الورثة بل يحمل الى مكان آخر فان صح هذان محمد فهو رواية في الحصر والبراري أنها  
 لا تعود الى الورثة وهكذا نقل عن الشيخ الامام الخوازي في المسجد والحوض اذا خرب ولا يحتاج اليه  
 اتفرق الناس عنه انه يصرف أو وقفه الى مسجد آخر أو حوض آخر واعلم أنه يتفرع على الخلاف بين  
 أبي يوسف ومحمد فيما اذا استغنى عن المسجد لخرب المحلة والقربة وتفرق أهلها ما اذا انهدم الوقف  
 وليس له من الغلة ما يمكن به عمارته أنه يبطل الوقف ويرجع النقص الى بانيه أو ورثته عند محمد خلافا  
 لأبي يوسف وكذا حاقوت في سوق احترق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر بشئ البتة يخرج عن  
 الوقفية وكذا في حوض محلة خرب وليس له ما يعمر به فهو لوارثه فان لم يعرف فهو لقطعة وكذا الرباط  
 اذا خرب يبطل الوقف وبصير ميراثا ولو بني رجل على هذه الارض فالبنياء للباقي وأصل الوقف لورثة  
 الواقف عند محمد فقول من قال في جنس هذه المسائل نظر فليتامل عند الفتوى غير واقع موقعه  
 وفي الفتاوى الظهيرية سئل الخوازي عن أوقاف المسجد اذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للتعلي بيعها  
 ويشترى بثمنها أخرى قال نعم وروى هشام عن محمد أنه قال اذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين  
 فللقاضي أن يبيعه ويشترى بثمنه غيره وعلى هذا فينبغي أن لا يبقى على قوله برجوعه الى ملك الواقف  
 وورثته بمجرد تعطله وخراجه بل اذا صار بحيث لا ينتفع به يشتري بثمنه وقف آخر يستغل ولو كانت  
 غلته دون غلة الاول وكذا المتولي أن يبيع من تراب مسجلا اذا كان فيه مصلحة وفي فتاوى قاضخان  
 وقف على مسمين خرب ولا ينتفع به ولا يستأجر أصله يبطل الوقف ويجوز بيعه وان كان أصله يستأجر  
 بشئ قليل يبقى أصله وقفا انتهى ويجب حفظ هذا فإنه قد خرب الدار وتصير كوما وهي بحيث لو نقل  
 نقضها استأجر أرضها من بني أو يغرس ولو بقليل فيخفل عن ذلك وتباع كلها للواقف مع أنه لا يرجع  
 منها اليه الا النقص فان قلت على هذا تكون مسئلة الرباط التي ذكرناها مقيدة بما اذا لم تكن أرضه  
 بحيث تستأجر قلنا لا لان الرباط موقوف للسكنى وامتنعت بانهم دامه بخلاف هذه فان المراد  
 وقف يكون لاستغلال الجماعة المسمين ولو انهم عدم بعض بناء الدار وليس ثم ما يعاد به يباع ويحفظ  
 منه في يد القائم بأمر الواقف الى أن يحتاج الباقي الى العمارة فيصرف فيه وكذا اذا بئس بعض أشجار  
 الارض الموقوفة يبيعها ولا يبيع من نفس الارض لذلك ولا يعطى المستحقون شيئا من غن النقص ولا من

قال (ومن بنى سقاية للمسلمين أو خاناً يسكنه بنو السبيل أو رباطاً أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة لأنه لم ينقطع عن حق العبد ألا ترى أن له أن ينتفع به فيسكن في الختان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم (وعند أبي يوسف يزل ملكه بالقول) كما هو أصله إذا التمس عليه ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد إذا استحق الناس من السقاية وسكنوا الختان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لأن التمس عليه شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفي بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض ولو سلم إلى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه كلها لأنه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنيب عنه وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليمه لأنه لا تدبر للمتولى فيه وقيل لا يكون تسليمه لأنه لا يحتاج إلى من يكتسه ويغلق بابه فإذا سلم إليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لأنه لا متولى له عرفاً وقيل هي بمنزلة السقاية والختان فيصح التسليم إلى المتولى لأنه لو نصب المتولى يصح وإن كان بخلاف العادة ولو جعل داراً له

وقوله (ومن بنى سقاية أو خاناً) ظاهر وقوله (بخلاف المسجد) يعني أن حكم الحاكم والإضافة إلى ما بعد الموت ليس بشرط في المسجد وقوله (وذلك بما ذكرناه) يعني أن التسليم يحصل بالاستفتاء والسكنى والتزول والدفن في السقاية والختان والرباط والمقبرة وقوله (في هذه الوجوه) أي في السقاية والختان والرباط والمقبرة وقوله (ويكتفي بالواحد) ظاهر

عنه بوجه من الوجوه لأنه لا حق لهم فيما سوى الغلبة بل الحال أنه إن أمكن شراء شيء يستغل ولو قليلاً أو اجارة الأرض بشيء ولو قليلاً فعل وحفظه لعمارة ما بقي ولو خرب الكل وتعذر أن يشتري بثمنه مستغل ولو قليلاً حينئذ يرجع إلى ملك الواقف (قوله ولو بنى سقاية للمسلمين أو خاناً يسكنه بنو السبيل أو رباطاً أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) ولو سلمه إلى متولى (لأنه لم ينقطع حقه عنه ألا ترى أنه ينتفع به) في الحال (فله أن يسكن في الختان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت) ليكون وصية فيلزم بعد الموت وله أن يرجع عنه قبل موته على ما مر (كما في الوقف على الفقراء) بل أولى لأن الثابت في كل منه ما لفظ بنى عن الخروج عن الملك كما قدمناه في وقف وتصدق وفي هذه الأمور مع ذلك ثبوت تعلق حقه انتفاعاً بعين الوقف كما ذكرنا بخلاف الوقف على الفقراء ونحوه (بخلاف المسجد) لا يشترط في زواله عن ملكه حكم ولا وصية لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله عز وجل بالأحكام وعند أبي يوسف يزل ملكه بمجرد القول كما هو أصله وقوله قول الأئمة الثلاثة كما مر (وعند محمد) لا يزل (حتى يستحق الناس من السقاية ويسكنوا الختان والرباط ويدفنوا في المقبرة لأن التسليم عنده شرط) وتسليم هذه (بما ذكرناه) من سكنها الختان والرباط إلى آخره (ويكتفي بالواحد) في التسليم الموجب لزوال الملك (لتعذر فعل الجنس) أي تسليم الكل على تقدير تسليمهم (وعلى هذا البئر) إذا احتقره (والحوض) يزل الملك إذا استحق منهم ما واحد أو شربت دابة ومن ذلك ما لو أدخل قطعة أرض له في طريق المسلمين وجعلها طريقاً يشترط فيه مرور واحد بآذنه على قول من يشترط القبض في الأوقاف وكذا القنطرة يتخذها للمسلمين تلزم مرور واحد ولا يكون بناءً أو هامداً (ولو سلم إلى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه) أعني السقاية والختان والرباط والمقبرة والبئر والحوض (لأنه) أعني المتولى (نائب عن الموقوف عليهم ففعله) أي تسليمه (كفعلهم) أي تسليمهم (وأما في المسجد فقيل لا يكون تسليمه وقيل لا يكون) وقد قدمناه مع وجهه ووجه المصنف الصحة (بأنه) أي المسجد (يحتاج إلى من يكتسه ويغلق بابه فإذا سلم إليه صح التسليم) لأنه متولى له عرفاً واختلف في المقبرة قيل لا يسجد على القول بأنه لا يكتفي في إزالة الملائكة عنه التسليم إلى متولى (لأنه لا متولى له) فلا يزل الملك إلا بالدفن فيها (وقيل كالسقاية فيصح التسليم إلى المتولى) (قوله ولو جعل داراً له)

بمكة سكنى الحاج بيت الله والمعتبرين أو جعل داره في غير مكة سكنى للمسكين أو جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا إلا أن في الغلة تحمل للفقراء دون الأغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوى فيه الغنى والفقر والفارق هو العرف في الفصلين فإن أهل العرف يردون بذلك في الغلة للفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الأغنياء ولأن الحاجة تشمل الغنى والفقر في الشرب والنزول والغنى لا يحتاج إلى صرف هذا الغلة لغناه والله تعالى أعلم بالصواب

بمكة سكنى للحاج والمعتبرين أو جعل داره في غير مكة سكنى للمسكين أو جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها) أى في السقاية والمقبرة وفي الدار المسبلة عندهم للخروج عن ملكه بذلك القدر وهو قول الأئمة الثلاثة بلا شرط الدفع إلى المتولى كقول أبي يوسف وعند أبي حنيفة له أن يرجع ما لم يحكم بذلك الحاكم ثم روى الحسن عنه أنه إذا رجع بعد الدفن لا يرجع إلى المحمل الذي دُفن فيه ويرجع فيما سواه ثم إذا رجع في المقبرة بعد الدفن لا ينشئها لأن النش حرام ولكن يسوى الأرض ويرزق وهذا على غير رواية الحسن والفتوى في ذلك كماه على خلاف قول أبي حنيفة رضي الله عنه للتعامل المتوارث هذا. وتنفق المقبرة غيرها بأنه لو كان في المقبرة أشجار وقت الوقف كان للورثة أن يقطعوها لأن موضعها لم يدخل في الوقف لأنه مشغول بها كالمحل جعل داره مقبرة لا يدخل موضع البناء في الوقف بخلاف غير المقبرة فإن الأشجار والبناء إذا كان في عقار وقفه دخلت في الوقف تبعاً ولو بنيت فيها بعد الوقف ان علم غارسها كانت للغارس وإن لم يعلم فالأى فيها للقاضي إن رأى بيعها وصرف عنها على عبارة المقبرة فله ذلك وتكون في الحكم كأنها وقف ولو كانت قبل الوقف لكن الأرض موات ليس لها مالك فأنخذها أهل القرية مقبرة فالأشجار على ما كانت عليه قبل جعلها مقبرة ولو أن رجلاً غرس شجرة في المسجد فهي للمسجد أو في أرض موقوفة على رباط مثلاً فهي للوقف إن قال للقسيم تغاهدتها ولم يقل فهي له يرفعها لأنه ليس له هذه الولاية ولا يكون غارس للوقف ولو غرس في طريق العامة أو على شط النهر العام أو وسط الخوض القديم فهي للغارس لأنه ليس له ولاية جعلها للعامة وكذا على شط نهر القرية ولو قطعها فبنت من عروقها أشجار فهي للغارس ولو بنى رجل في المقبرة بما لحفظ اللبن ونحوه إن كان في الأرض سعة جاز وإن لم يرض بذلك أهل القرية لكن إذا احتيج إلى ذلك المكان يرفع البناء ليقبر فيه ومن حفر لنفسه قبراً فغيره أن يقبر فيه وإن كان في الأرض سعة إلا أن الأولى أن لا يوحشه إن كان فيها سعة وهو كمن بسط سجادة في المسجد أو نزل في الرباط فجاء آخر لا ينبغي أن يوحش الأول إن كان في المكان سعة وذلك لأن الناطق أنه يضمن قيمة الحفر لجميع بين الحقيقين ولا يجوز لأهل القرية الانقاع بالمقبرة الدائرة فإن كان فيها حشيش يحش ويخرج إلى الدواب ولا يرسل الدواب فيها ثم في جميع ما ذكرناه من سكنى الخان ودار الغزاة والسقاية والاستقاء من البئر يستوى الغنى والفقر بخلاف وقف الغلة على الغزاة فأن تحمل للفقراء دون الأغنياء منهم قال المصنف (والفارق) فيه (العرف) فإن الواقفين من (أهل العرف) يردون بذلك في الغلة للفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الأغنياء ولأن الحاجة تشمل الغنى والفقر في الشرب والنزول) لأن الغنى لا يقدر على استحباب ما يشربه في كل مكان ولا على أن يشتري ذلك في كل منزلة من السفر وعلى هذا فيجب في الرباط أن يخص سكناءه بالفقراء لأن العرف على أن بناء الرباطة للفقراء وهذا فصلان في المتولى والموقوف عليه

فصل الأول في المتولى قالوا لا يولى من طلب الولاية على الأوقاف كمن طلب القضاء لا يولد للمتولى أن يشتري بما فضل من غلة الوقف إذا لم يحتج إلى العماره مستغلاً ولا يكون وقفاً في الصحيح حتى

وقوله (سكنى الحاج بيت الله تعالى) الحاج اسم جمع معنى الحاج كالسائر بمعنى السمار في قوله تعالى سأمرا ثم جرون والثغر موضع الخفاة من فروع البلدان ويقال رباط الجيش أقام في الثغر بأزاء العدو ومراطة ورباطا والله سبحانه وتعالى أعلم

جاريه ومن سكن دار الوقف غصباً أو باذن المتولي بلا أجرة كان عليه أجرة مثله سواء كان ذلك معسداً  
 لا مستغلاً أو غير معسداً حتى لو باع المتولي دار الوقف فسكنها المشتري ثم رفع الى قاض هذا الامر  
 نابلل البيع وظاهر الاستحقاق للوقف كان على المشتري أجرة مثله وللمتولي أن يستأجر من يشاء المسجد  
 بكنسه ونحو ذلك بأجرة مثله أو زيادة يتعاقب فيها فان كان أكثر فلا جارة له وعليه الدفع من مال نفسه  
 ويضمن لو دفع من مال الوقف وان علم الاجير أن ما أخذ من مال الوقف لا يحل له وله أن ينقذ من ماله  
 على حاجة الوقف ولو أدخل جذاً من ماله في المسجد كان له الرجوع كالوصي اذا أنفق على الصغير وله  
 أن يشتري من غلة المسجد دهنًا وحصيرا وأجرًا وحصا للفرش المسجدان كان الواقف وسع فقال بفعل  
 ما يراد مصلحة وان وقف لبناء المسجد ولم يزد فليس له أن يشتري ذلك فان لم يعرف له شرط يعمل ما عمل  
 من قبله ولا يستدين على الوقف الا اذا استقبل أمر لا بد منه فيستدين بأمر القاضي ويرجع في غلة  
 الوقف وذكر الناطقي وكذا أنه أن يستدين لزراعة الوقف ويزره بأمر القاضي لان القاضي يملك الاستدانة  
 على الوقف فصح بأمره بخلاف المتولي لا يملكه والاستدانة أن لا يكون في يده شيء فيستدين ويرجع  
 أما اذا كان في يده مال الوقف فاشتري ونقد من مال نفسه فانه يرجع بالاجماع لانه كالوكيل اذا اشتري  
 ونقد الثمن من مال نفسه له أن يرجع وليس له أن يرهن دار الوقف فان فعل وسكنها المهرتم ضمن أجرة  
 المثل ولو أنفق دراهم الوقف في حاجة نفسه ثم أنفق من ماله مثله في الوقف جاز ويرأى عن الضمان  
 ولو خلط دراهم الوقف بمثلها من ماله كان ضامنا للسكل ولو اجتمع مال للوقف ثم نابت نائبة من الكفرة  
 فاحتج الى مال ادفع شرهم قال الشيخ الامام ما كان من غلة وقف المسجد الجامع يجوز للحاكم أن يصرفه  
 الى ذلك على وجه القرض اذا لم تكن حاجة للمسجد اليه وله أن يبنى على باب المسجد ظله لدفع اذى  
 المطر عن الباب من مال الوقف ان كان على مصالح المسجد وان كان على عمارته أو ترميمه فلا يصح  
 والاصح ما قاله ظاهر الدين ان الوقف على عمارة المسجد ومصالح المسجد سواء واذا كان على عمارة  
 المسجد لا يشتري منه الزيت والحصى ولا يصرف منه للزينة والشرفات ويضمن ان يفعل ومن وقف  
 وقفا ولم يجعل له متوليا حتى حضرته الوفاة فأوصى الى رجل قالوا يكون وصيا وفيما هذا في قول  
 أبي يوسف لان التسليم ليس بشرط فصح الوقف في حياته بلا تسليم بخلاف ما لو جعل له فيما  
 ثم حضرته الوفاة فأوصى لا يكون هذا الوصي قima في الوقف قيم مسجد مات فاجتمع أهل المسجد على  
 جعل رجل قima بغير أمر القاضي فقام وأنفق من غلات وقف المسجد في عمارته اختلف المشايخ  
 في هذه التولية والاصح لا تصح بل نصب القسيم الى القاضي لئلا يضمن ما أنفق في العمارة  
 من غلاته اذا كان أجرا للوقف وأخذ الغلة فأنفق لانه اذا لم تصح ولايته فانه غاصب والغاصب اذا أجر  
 المصسوب كان الاجرة له ويتصدق به كذا في فتاوى قاضيان وأنت تعلم أن المفتي به تضمن غاصب  
 الاوقاف بخلاف ما اذا كان وقف على أر باب معلومين فان لهم أن ينصبوا متوليا من أهل الصلاح لكن  
 قيل الاولى أن يرفعوا أمرهم الى القاضي لينصب لهم وقيل بل الاولى في هذا الزمان أن لا يفعلوا  
 وينصبوا لهم وليس للشرع أن يتصرف في مال الوقف بل وظيفة الحفظ لا غيره وهذا يختلف بحسب  
 العرف في معنى المشرف وللمتولي أن يفوض الى غيره عند موته كالوصي له أن يوصي الى غيره الا انه  
 لو كان الواقف جعل لذلك المتولي مالا مسمى لم يكن ذلك لمن أوصى اليه بل يرفع الامر الى القاضي اذا تبرع  
 به له ليفرض له أجر مثله الا أن يكون الواقف جعل ذلك لكل متول وليس للقاضي أن يجعل للذي  
 أدخله ما كان الواقف جعله للذي كان أدخله لان الواقف في هذا مالا ليس للحاكم وكذا اذا أخذ المتولي  
 من مال الوقف ومات بالإيمان لا يضمن فالامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل الا في ثلاث هذه  
 أحداها والثانية اذا أودع السلطان الغنمة عند بعض الغادين ومات ولم يبين عند من أودع والثالثة

القاضي اذا اخذ مال اليتيم وأودع غيره ثم مات ولم يبين عند من أودع لاضمان عليه أمواله كان القاضي  
أخذ بمال اليتيم عنده ولم يبين حاله حتى مات فقد ذكر هشام عن محمد بن يحيى عن ولوقال قبل موته ضاع  
مال اليتيم عندي أو أنفقته عليه ومات لا يكون ضامنا أموال مات قبل أن يقول ضمن وكذا الرباع  
المتولى دار الوقف ومات ولم يبين أين الثمن فإنه يكون ديناً في تركته والناس أن يأخذوا المتولى بتسوية  
حائط الوقف اذا مال الى أملا كهم فإن لم تكن له غلة يرفع الى القاضي ليأمر بالاستدانة لاصلاحها وله أن  
يبني قرية في أرض الوقف لاد كرتة وحفاظها وليجمع فيها الغلة وأن يبني بيوتاً يستغلها اذا كانت الارض  
متصلة ببيوت المعمر ليست للزراعة فإن كان زراعتها أصح من الاستغلال لا يبنى وفي النوازل في اقراض  
ما فضل من مال الوقف قال ان كان أحرز الغلة أرجو أن يكون واسعا ولا يؤجر الوقف اجارة طويلة وأكثر  
ما يجوز ثلاث سنين وليس له الاقالة الا ان كانت أصح للوقف ولو زرع الواقف أو المتولى أرض الوقف  
وقال زرعت النفسى وقال المستحقون بل للوقف فالقول قوله وعلى الواقف والمتولى في هذا نقصان الارض  
وليس عليهما أجر مثل الارض ويقول القاضي له ازرعها للوقف فان قال ليس للوقف مال ازرعها به بأمره  
بالاستدانة لذلك فان قال لا يمكنني يقول لاهل الوقف استدينوا فان قالوا لا يمكننا بل نزرع لا نفلسنا  
لا يمكنهم لان الوقف في يد الواقف فهو أحق به ولا يخرج عنه الا أن يكون غير مأمون ذكر هذه المسئلة  
بفروعها في فتاوى قاضيهان وغيره وينعزل الناظر بالجنون المطبق اذا دام سنة نص عليه الخصاص لان  
دام أقل من ذلك ولو عاد اليه عقله وبرأ من علمته عاد اليه النظر وللناظر أن يوكل من يقوم بما كان اليه  
من أمر الوقف ويجعل له من جعله شياً وله أن يعزله ويستبدل به أو لا يستبدل ولو جن انعزل وكيله ويرجع  
الى القاضي في النصب ولو أخرج حاكم قيمات أو عزل فتقدم المخرج الى القاضي الثاني بأن ذلك  
القاضي أخرجه بلا جحمة لا يدخله لان أمر الاول محمول على السداد ولكنه يكلفه أن يقيم عنده بيته انه  
أهل وموضع للنظر في هذا الوقف فان فعل أعاده وكذا الواخر جرحه لفسق وخيانه فبعد مدة أتى الى الله  
وأقام بيته انه صار أهلاً لذلك فإنه يعيده وليس على الناظر أن يفعل الا ما يفعله أمثاله من الأمر والنهي  
بالمصالح ويصرف الأجر من مال الوقف للعملة بأيديهم ولذا قلنا الوعى أو طرش أو خرس أو فلج ان كان بحيث  
يمكنه الكلام من الأمر والنهي والاخذ والاعطاء فلا الجرح الذي عينه له الواقف وللناظر في الوقف على  
الفقراء أن يعطى قوما مدة وله أن يقطعهم ويعطى غيرهم فكيف لا يدخل كثرة بحيث يحاصصونهم  
وفي وقف الخصاص ان حكم القاضي أن لا يعطى غير هذا الرجل لم يعط غيره ومالم يسكنم بذلك له أن يعطى غيره  
ويجزمه لان في كل منهما تقييد بشرط الواقف وقد استبعدت صحة هذا الحكم وكيف ساغ بالاشروط  
حتى ظفرت في المسئلة بقوله ان هذا الحكم لا يصح ولا يلزم

**الفصل الثاني في الموقوف عليه** وقف على زيد ثم المساكين فرد زيد فهو للمساكين وكذا على زيد  
وعمر وفرداً أحدهما أو ظهرانه كان ميتاً نصيبه للمساكين وكذا اذا رد اجمعوا من قبل بعد الرد لا يعود  
ومن أخذ سنة ليس له أن يرد بعد ذلك أموالاً قال لا قبلها سنة وأقبل ما سوى ذلك فإنه يجوز وحصلته من  
هذه السنة للباقي من أهل الوقف ثم يشار كهم فيما بعدها ولو قبل سنين وسماها ليس له أن يرد ما قبل بعدها  
على ولده وقوله على ولد فلان أبداً ما تناسلوا فرد الموقوفون صار الفقراء فاذا جاء من بعدهم رجع من  
الفقراء اليهم الا أن يردوه ولو ردوا واحد منهم فقط فالغلة كلها من قبل ويجعل من لم يقبل كالميت بخلاف  
مال الوصى بثلثة لولد عبد الله وكانوا يوم مات أربعة فردوا حصته لورثة الموصى وهذه مما افترق فيه  
الوصية والوقف والفرق ذكره هلال وغيره وعلى فلان وولده فرد فلان لم يعمل رده في رد مال ولده صغارا  
كانوا أو كباراً وقف على ولده ثم للمساكين فلو ولد صلبه يستوى فيه الذكر والانثى الا أن يخص صنفاً مادام  
واحد منهم فالكل له فان لم يكن له ولد وقت الوقف بل ولد ابن كان له لا يشاركه من دونه من البطون فان



كان ابن بنت لا يدخل في ظاهر الرواية وبه أخذ هلال وعن محمد يدخل وصحح ظاهر الرواية ثم إذا ولد للواقف ولد لصبيه رجع من ابن الابن اليه ولو ضم الى الولد ولد الولد فقال علي ولدي وولد ولي ثم للسباكين اشتراك فيه الصليبيون وأولاد بنيه وأولاد بناته كذا اختاره هلال والنخلاف وصححه في فتاوى قاضخان وأذكر النخلاف رواية حرمان أولاد البنات وقال لم أجدهم يقوم برواية ذلك عن أصحابنا وانما روى عن أبي حنيفة فيمن أوصى بثلاثه لولدين عبد الله فان وجد له ولد كور ولاناث لصبيه يوم يموت الموصي كان بينهم فان لم يكن له ولد لصبيه بل ولد ولد من أولاد الذكور والانات كان لولد الذكور دون البنات فكانت لهم قاسوا على ذلك وهذه هي وزان المسئلة الاولى وقرق شمس الائمة بينهما وبين هذه بأن ولد الولد اسم لمن ولده ولده وبنته ولده بخلاف قوله ولدي فان ولد البنت لا يدخل في ظاهر الرواية لان اسم ولده يتناول ولده لصبيه وانما وضع في ولادته لانه ينسب اليه عرفا قال وذكر محمد رحمه الله ان ولد الولد يتناول ولد البنت عند أصحابنا لكن ذكر المصنف في التجنيس ان الفتوى على ظاهر الرواية فقد اختلفوا في الاختيار والوجه الذي ذكره شمس الائمة من صدق ولد الولد على ولد البنت صحح من حيث اللغة لكن وجه ظاهر الرواية التمسك فيه بالعرف فانه يتبادر من قول القائل ولد ولد فلان كذا وكذا ولادته وكلام الواقفين منصرف الى العرف فان مخاطبتهم به بخلاف ما اذا لم يصف الى الولد كما يقال ولدت فلانة فانه يقال أولدت ذكرا أو أنثى فان هذا الاستفهام ظاهر في عدم فهم الذكور بخصوصه واذا عرف الاختلاف في دخول أولاد البنات في أولاد أولادى فيجب فيما لو قال علي الذكور من أولادى وأولاد أولادى ادخال ابن البنت على الخلاف لا يدخل على ظاهر الرواية لانه ليس ابن ولد الولد وعلى الرواية الاخرى يدخل ثم اذا انقرض ولد الولد لا يعطى لمن بعدهم بل للفقراء ولو قال ولدي وولد ولدي وولد ولدي صرفت الى أولاده أبدا ما تناسلوا ولا يصرف للفقراء ما كان من نسله واحد ويستوى الاقرب والابعد الآن يرتب الواقف ولو قال أولادى بلفظ الجمع يدخل النسل كله كذا كرات الطبقات الثلاث بلفظ ولدي ولو قال ولدي وأولادهم وله أولاد أولادى مات أباءهم قبل الوقف لا يدخلون مع أولاد الأولاد الموجودين لانه لما قال بعد موت أولئك على أولادى فانما أراد الموجودين وضمير أولادهم يرجع اليهم خاصة بخلاف أولادى وأولاد أولادى لا موجب لقصره على الأولاد الموجودين فتدخل أولاد الذين ماتوا من قبل معهم ولو قال أولادى وهم فلان وفلان وفلان وبعدهم للفقراء فئات أحد الثلاثة أعطى نصيبه للفقراء لا للباقيين من اخوته بخلاف ما لو لم يقل فلان وفلان وفلان بل أولادى ثم الفقراء يصرف الكل للواحد اذا مات من سواء ولو قال علي بنى وله ذكرا ان صرف اليهم ما وان كان واحدا فله النصف والنصف الآخر للفقراء لان أقل الجمع اثنان فانما جعل مستحق كله اثنين وعليه فرع ابن الفضل قوله على المحتاجين من ولدي وليس في ولده محتاج الا واحد ان النصف له والنصف الآخر للفقراء غير أنه يشك بأولادى فانه يصرف للواحد الكل الا أن يكون عرف في أولادى يخالف كل جمع لمادة غيره كبنى والمحتاجين ونحوه مما هو جمع غير لفظ أولادى ونقل الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيما لو أعطى القيم نصيب الفقراء لواحد أجازة أبو يوسف لان الفقراء لا يحصون فكان المقصود الجنس ومنعه محمد للجمعية فوجب اعطاء اثنين وتدخل البنات في قوله بنى واختاره هلال وعن أبي حنيفة اختصاص الذكور به قال بعض المشايخ في المسئلة روايتان انتهى والوجه الدخول لما عرف في أصول الفقه وعليه بنوا قول المستأمن آمنوني على بنى تدخل البنات قال في الخلاصة وهذا انما يستقيم في بنى أب يحصون أما فيما لا يحصون فيصح ان يقال هذه المرأة من بنى فلان انتهى يعني فتدخل المرأة بلا تردد ولو لم يكن له البنات صرفت الغلة للفقراء وعلى بناتى لا تدخل الذكور ثم المستحق من الولد كل من أدرك خروج الغلة عا لقا في بطن أمه حتى لو حدث ولد بعد خروج الغلة بأقل من ستة أشهر استحق ومن حدث الى تمامها فصاعدا لا يستحق لاننا نتيقن بوجود

الاول في البطن عند خروج الغلة فاستحق فلومات قبل القسمة كان لورثته وهذا في ولد الزوجة أما لو  
 مات أمته بولد أقل من ستة أشهر فاعترف به لاستحق لانه متهم في الاقرار على الغير أعني باقي المستحقين  
 بخلاف ولد الزوجة فانه حين يولد ثابت النسب ولومات الواقف من غير تخال وقت يمكن فيه الرجوع الى  
 أهله بخاتم بولد لسنتين من يوم وقف استحق من كل غلة تخرجت فيما بين ذلك وكذا لو طلقها عقيب الوقف  
 بلا تخال مدة كذلك بخلاف ما اذا كان الموت والطلاق بعد زمان يمكن فيه الرجوع لاحتمال انه من حمل  
 حدث وخروج الغلة التي هي المناط وقت انعقاد الزرع حيا وقال بعضهم يوم يصير الزرع مئة ومائة  
 في فتاوى قاضيان وهذا في الحب خاصة وفي وقف الخصاص يوم طلعت الثمرة ويتبعني أن يعتبر وقت  
 أماته العادة كما في الحب لانه بالانعقاد بأمه المأهولة وقد اعتبر انعقاده وأما على طريقة بلادنا من اجارة  
 أرض الوقف لمن يزرعها نفسه بأجرة تستحق على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فيجب اعتبار  
 ادراك القسط فهو كادراك الغلة فكل من كان مخاوقا قبل تمام الشهر الرابع حتى تم وهو مخلوق استحق  
 هذا القسط ومن لا فلا وهذا كله بخلاف ما لو قال على أصغر ولدى أو العيان منهم أو العور فان الوقف  
 يختص بهم ويعتبر الصغر والعور والعبي يوم الوقف لا يوم الغلة بخلاف الوقف على ساكني البصرة مثلا  
 وبغداد يعتبر ساكني البصرة يوم الغلة والاصل ان ما كان لا يزول فهو كالاسم العلم وكذلك اذا زال على وجه  
 لا يحتمل العود فيعتبر وجوده يوم الوقف بخلاف الفقير وسكني البصرة يحتمل العود بعد الزوال ولو قال من  
 خرج بسقط سهمه فخرج واحد ثم عاد لا يعود سهمه كما لو وقف على الايام على أن من تزوجت سقط سهمها  
 فتزوجت بواحد ثم طلقت لا يعود الا ان كان نص على ذلك وكل من مات من المستحقين اذا لم يبين الواقف  
 حال حصته بعد موته يقسم على الباقيين فقد تنقض القسمة في كل سنة ويعطى الغنى والفقير من الاولاد  
 الا ان يعين المحتاجين من ولده فيلزم فن ادعى الحاجة منهم لا يعطى ما لم يشتم عند القاضي ولو تعارضت  
 بينا فقره وغناه حرم تقدم البينة غناه لانها أكثر ثبانا ومن ولد أقل من ستة أشهر من وقت خروج الغلة  
 لا يستحق عند هلال لانه لا يوصف بالحاجة في بطن أمه ولذا لم يجعل نفقة الحامل في مال من في بطنها  
 واستحق عند الخصاص لانه كان مخلوقا قبل مجيء الغلة ولا مال له ولو لم يكن فيهم محتاج كان للساكنين ومن  
 افتقر بعد الغنى رجع اليه الكل وفي وقف الخصاص رجع الله لواجبته عدة سنين بلا قسمة حتى استغنى  
 قوم وافتقر آخرون ثم قسمت يعطى من كان فقيرا يوم القسمة ولا أنظر الى من كان فقيرا وقت الغلة ثم  
 استغنى فأعطيه بخلاف من لم يكن موجودا وقت القسمة لا يعطى من هذه القسمة شيئا بل مما بعده وكذا  
 لو خص عيانه بولاده ونحوه تعينه والاحتياج الذي يصرف اليه من تدفع اليه الزكاة ولا يكون له أرض  
 أو دار يستغلها وان لم تغلته بأكفائه حتى يبيعها وينفق ثمنها أو يفضل منه أقل من نصاب بخلاف الدار  
 التي يسكنها وعبد الخدمة وليس الموقوف عليهم الدار سكنها بل الاستغلال كالمالك للموقوف عليهم  
 السكنى الاستغلال واعلم انه اذا ذكر أولاده وأقاربه صح للغنى والفقير منهم الا أن يختص الفقراء كما ذكرنا  
 وأما غيرهم قال شمس الأئمة اذا ذكر مصرفا فيهم تنصص على الحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحرصون أولا  
 يحرصون لان المطلوب وجه الله تعالى ومتى ذكر مصرفا يستوى فيه الاغنياء والفقراء فان كانوا يحرصون  
 فذلك صحيح لهم باعتبار أعيانهم وان كانوا لا يحرصون فهو باطل الا ان كان في لفظه ما يدل على الحاجة  
 استعمالا بين الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتمى فالوقف عليهم صحيح ويصرف للفقراء منهم دون  
 أغنيائهم فأنبنى على هذه ما لو وقف على الرجال أو النساء أو المسلمين أو الصبيان أو على مضر أو ربيعة أو  
 على غيم أو بني هاشم لا يجوز شيء من ذلك لانتظامه الاغنياء والفقراء مع عدم الاحصاء ولا تميز في  
 الاستعمال ونص الخصاص على ان الوقف على الزمنى والعيان والعوران باطل من قبل أنه ينظم الغنى  
 والفقير وهم لا يحرصون وكذا على قراءة القرآن وعلى الفقهاء أو قال على أصحاب الحديث أو الشعراء كل ذلك

باطل لما ذكرنا والذي يقتضيه الضابط الذي ذكره شمس الأئمة أنه يصح على الزمى والعميان وقراء القرآن  
والفقهاء وأهل الحديث ويصرف بالفقراء منهم كإيتامى لأشعار الأسماء بالحاجة استعماله على  
والاستغفار بالعلم بقطع عن الكسب فيغلب قيمهم الفقير وقد صرح في الوقف على الفقهاء باستحقاق  
الفقراء منهم وهو فرع الصحة والمسئلة المذكورة في آخر فصل المسجد من الهداية تفيد ذلك وهي ما إذا جعل  
غلة أرضه وقفاً على الغزاة أنه يصح ويصرف إلى فقراء الغزاة مع أن اسم الغزاة ينتظم الغنى والفقير ودم  
لا يحصون غير أنه يشعر بالحاجة ونص في وقف هلال على جوارده على الزمى ويدفع لفقراءهم وصرح في  
وقف الخصاص بصحة الوقف على أرامل بنى فلان وأنه لكل أرملة كانت يوم الوقف أو حدثت سواها كن  
يحصين أو لا وهو لثمة قراءتهم إذا كانت بالغعة من أعطى منهم أجزاء والأرملة المستحقة كل بالغعة كان لها  
زوج وطلقها أو مات وخالفوا في الأيتام فإذا وقف على أيتام بنى فلان وبعد من للمساكين أو أيتامى قرابتي  
أن كن حصين فالوقف جائز وغلته للغنية والفقيرة وأن كن لا حصين لم يجز الوقف فيكون للمساكين والأيتام  
المستحقة كل أنى جومعت ولو بقصور ولا زوج لها بالغعة أو لا ولو قال على كل ثيب من بنى فلان أو من  
قرابتي فإن كن حصين جاز لهن ولكل من يحدث منهن وإن كن لا حصين في وقت قسمة من القسم فهو  
باطل والغلة للمساكين والثيب كل من جومعت ولو بقصور ولها زوج أو لا وإن لم تبلغ ولا بكار قرابتي  
أو بنى فلان فإن كن حصين فهولهن ولمن يحدث أبداً وإن كن لا حصين فالوقف عليهن باطل وهو  
للمساكين والبكر من لم يجامع وإن كانت العذرة زائلة وفي كل ما لا يحصى من ذكرنا أنه لا يصح معه الوقف  
لوقيد فقال للفقراء منهم حاز ومن أعطى أجزاء كالوقف على الأقارب وقف على أهل بيته ثم المساكين  
دخل الغنى والفقير من يناسبه إلى الأب الذي أدركه الإسلام أسلم ذلك الأب أو لا من كان موجوداً حال  
الوقف أو حدث بعد ذلك من الرجال والنساء والأصبيان لأقل من ستة أشهر من حجي الغلة ولو كانوا  
مرفوقين لقوم أو كفاراً وذميين ولا يدخل في ذلك الأب ويدخل أبوالواقف وأجداده وولده وأصلبه وأولاد  
الذكور منهم وإن سفلوا ولا تدخل أبناء البنات من ولده إلا إذا كان آباؤهم من يناسبه إلى ذلك الجد الذي  
أدركه الإسلام ولا يدخل الواقف ولا أولاد عماله ولا أولاد أخوانه إذا كان آباؤهم من قوم آخرين وقوله  
على آل وجنسى كآهل بيتي ولا يخص الفقراء منهم إلا من خصهم وقوله على الفقراء منهم وعلى من افتقر  
منهم سواء حيث يكون لمن يكون فقيراً وقت الغلة وإن كان غنيا وقت الوقف ولا يتقيد عن كان غنياً فافتقر  
على الصحيح ولو وقف على قرابته فهو آمن يناسبه إلى أقصى أب في الإسلام من قيل أبيه أو إلى أقصى آبه  
في الإسلام من قبل أمه لكن لا يدخل أبوالواقف ولا أولاده وأصلبه وفي دخول الجدر وابتان وظاهر  
الرواية لا يدخل ويدخل أولاد البنات وأولاد العمات والخالات والأجداد الأعمام والجدات ورجى  
وأرحامى وكل ذى نسب منى كالقرابة وعلى عيال يدخل كل من كان في عياله من الزوج والولد والجدات  
ومن كان يعوله من ذوى الرحم وغير ذوى الرحم وإذا عرف هذا فلو قال على أهل بيتي فإذا انقرضوا فعلى  
قرابتي فهو صحيح وتصرف بعدهم لمن يناسبه من قبل أبيه ولو عكس فقال على قرابتي فإذا انقرضوا فعلى  
أهل بيتي لم يصح ومثله لو قال على أخوتي فإذا انقرضوا فعلى أخوتي لأبى وله أخوة متفرقون إذ بعد انقراض  
الكل لا يبقى له أخ فيكون بعد انقراضهم للمساكين وعلى جيرانه يجوز ثمهم عند أبي حنيفة رضى الله عنه  
الملاصقون فهو لجميع من في كل دار لاصقة منه من الأحرار ولو كانوا أهل ذمة والعبيد بالسوية قربت  
الأبواب أو بعدت وعند أبي يوسف هم الذين تجتمعهم محلة واحدة أو مسجد واحد فإن جمعهم محلة واحدة  
وتفرقوا في مسجدين فهي محلة واحدة إن كان المسجدان صغيرين متقاربين فإن تباعدوا وكان مسجد  
عظيم جامع فكل أهل مسجد جيران دون الآخرين وقال محمد بنهم الملازقون السكان سواء كانوا مالكيين  
لدار أو لا وسياقى بقية هذا إن شاء الله تعالى ولا يدخل الأرقاء ومن انتقل من الجوار على الخلاف في  
الجوار بطل حقه من الوقف

لما رغ من ذكر أنواع حقوق الله تعالى وذكر بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقي منها وذكر البيوع بعد الوقف لأن كلامهما من قبل المال والبيع في اللغة تعليق المال بالمال وزيد عليه في الشرع فقيل هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب وهو من الاضداد لثقله واصطلاحاً يقال باع الشيء اذا شراه ويقال باعه الشيء وباع منه ولا شتماله على الانواع الا في ذكرها جمعوه وجوزاها بابت بالكتاب بقوله تعالى وأحل الله البيع والسنة فانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتبايعون فقرهم على ذلك والتقرير بأحد وجوه السنة وبالأجتماع فانه لم ينكره أحد من الملبين وغيرهم وبالمعقول وهو سبب شرعيته فان تعلق البقاء المقدور بتعاطيها يدل على ذلك وقد بينا ذلك في التقرير وركنه الإيجاب والقبول أو مادل على ذلك وشرطه من (٧٣) جهة العاقرين العقد والتميز ومن جهة

الحمل كونه مالا متقوماً مقدور التسليم وحكمه افادة الملك وهو القدرة على التصرف في المحل شرعاً فلا يشك في تصرف المشتري في المبيع قبيل القبض بالمبيع فانه متمتع مع كونه ملكاً لان ذلك التصرف ليس بشرعي مطلقاً انتهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقض هذا هو المقصود من شرعية البيع وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعق القريب ومالك المنفعة في الجارية والخيارات بطريق الضمن وأنواعه باعتبار المبيع أربعة بيع السلع بمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين أعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلماً وباعتبار الثمن كذلك المساومة وهي التي لا تلتفت الى الثمن السابق والمراجعة والتولية والوضعية وسيأتي تفسيرها

كتاب البيوع

كتاب البيوع

عرف ان مشروعات الشارع منسجمة الى حقوق الله تعالى خاصة وحقوق العباد خاصة وما اجتمع فيه الحقان وحقه تعالى غالب وما اجتمع فيه وحق العباد غالب فحقه تعالى عبادات وعقوبات وكفارات فابتدأ المصنف بحقوق الله تعالى الخاصة وغيرها حتى أتى على آخر أنواعها ثم شرع في حقوق العباد وهي المعاملات ثم في ترتيب خصوص بعض الابواب على بعض مناسبات خاصة ذكرت في مواضعها ووقع في آخرها ترتيب أول أقسام حقوق العباد أعني البيع على الوقف ووجهه ان الوقف اذا صح خرج الممولك عن ملك الواقف لا الى مالك وفي البيع الى مالك فنزل الوقف في ذلك منزلة البسيط من المركب والبسيط مقدم على المركب في الوجود فدفعه في التعليم هكذا ذكر ولا يخفى شروعه في المعاملات من زمان فان ما تقدم من اللقطة واللقيط والمفقود والشركة من المعاملات ثم البيع مصدر فقيد راد به المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع وقدير راد به المعنى وهو الاصل فجمعه باعتبار أنواعه فان البيع يكون سلماً وهو بيع الدين بالعين وقلبه وهو البيع المطلق وصرفاً وهو بيع الثمن بالثمن ومقايضة وهو بيع العين بالعين وبخيار ومنجز أو مؤجل الثمن ومراجحة وتولية ووضعية وغير ذلك والبيع من الاضداد يقال باعه اذا أخرج العين عن ملكه اليه وباعه أى اشتراه ويتعدى بنفسه وبالطرف باع زيد الثوب وباعه منه وأما مفهومه لغة وشرعاً فقال نخر الاسلام البيع لغة مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي اه والذي يظهر أن التراضي لا بد منه لغة أيضاً فانه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده الا أنه استبدل به بالتراضي وان الاخذ غصبا واطعاً شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة باعه وشرعية البيع بالكتاب وهو قوله تعالى وأحل الله البيع والسنة وهي قوله عليه الصلاة والسلام يا معشر النجار ان بيعكم هذا يحضره الغر والكذب فشوبه بالصدق وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتبايعون فقرهم على ذلك وبالأجتماع منعه عليه وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه جميل وذلك ان الانسان لو استقل بآبائه بعض حاجاته من حرث الارض ثم بذل القمح وخدمته وحراسته وعصده ودراسته ثم تذر يته ثم تنظيفه وطحنه بيده وعجنه وخبزهم لم يقدر على مثل ذلك وفي الكتمان والصوف للبس وبناه ما ينظره من الحر والبرد الى غير ذلك فلا بد من ان تدفعه الحاجة الى أن يشتري شيئاً

كتاب البيوع

(قوله فقيل هو مبادلة الخ) أقول سيصرح الشارح في فصل في البيع من كتاب الوكالة بأن هذا الحد وكل واحد من البيع والشراء فكل ما صدق عليه هذا الحد بيع من كل وجه وشراء من كل وجه فراجعوه (قوله فان تعلق البقاء المقدور) أقول من القدر (قوله ومن جهة الحمل كونه مالا متقوماً) أقول التقوم شرط البيع الصحيح والاكلام فيما بين الفاسد أيضاً (قوله بيع السلع الخ) أقول المراد بالسلعة ما يتجر به مطلقاً غرضاً أو عقاراً لا ما يقابل العقار فلا يتحمل الحصر وسيجيء في هذا الكتاب بعد ورقتين تعجم السلع للذووز والعبيد والنيات

قال (البيع ينقضي بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظي المضي) حصل أن يقول أحدهما بعت والآ خر  
اشترت لأن البيع انشاء تصرف

ويستدعي من أوله شيئا فلازم يشرع البيع سببا لتتمليك في البدلين لاحتياج أن يؤخذ على التغلب والمقابلة  
أوال سؤال والشهادة أو يصير حتى يموت وفي كل منهما ما لا يخفى من الفساد وفي الثاني من الدال والصغار  
ما لا يقدر عليه كل أحد ويرى بصاحبه فكأن في شرعيته بقاء المكلتين المحتاجين ودفع حاجاتهم سم على  
النظام الحسن وشرطه في المباشر التميز والولاية الشرعية الكائنة عن ملك أو وكالة أو وصية أو قرابة  
وغير ذلك فصح بيع الصبي والمعتوه الذين يعقلان البيع وأثره في البيع كونه مالا متقوما شرعا مقدورا  
التسليم في الحال أو في ثأني الحال فيدخل السلم وقد قالوا مشروطه منها بشرط الانعقاد وهو التميز والولاية  
وكون البيع متقوما ومنها بشرط النفاذ وهو الملك والولاية حتى إذا باع ملك غيره توقف النفاذ على  
الاجازة عن له الولاية وأما ركنه فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين أو من يقوم مقامهما الدال  
على الرضا بتبادل الملك فيهما وهذا مفهوم الاسم شرعا وقد يكون ذلك الفعل قولاً وقد يكون فعلاً غير قول  
كما في التعاطي كما سيأتي وقد يكون الرضا ثابتاً وقد لا يكون فإن لفظ بعت مثلاً ليس عليه ثبوت الرضا  
بل أمانة عليه فقد يتحقق مع انتفائه كالغيم الرطب للطرف فكذا يتحقق بعت واشترت ولا رضاء كما في بيع  
المكره وهذا على ما اخترناه من أن حقيقة التراضي ليس جزءاً مفهوماً للبيع الشرعي بل شرط ثبوت  
حكمه شرعا (قوله البيع ينقضي بالايجاب والقبول) يعني إذا سمع كل كلام الآخر ولو قال البائع  
لم أسمع وليس به صمم وقد سمعه من في المجلس لا يصدق ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص بالمعالم  
حكمه وإنما قلنا هذا لأنه قال ينقضي بالايجاب والقبول فجعله ما غيره ثبت هو به ما مع أن البيع ليس  
الايجاب والقبول لأنهم ما ركناء على ما حققناه آنفاً من أن ركنه الفعل الدال إلى آخره هذا ولكن الظاهر  
أن المراد بالبيع هنا ليس الانفس حكمه لا معنى له ذلك الحكم وما قيل البيع عبارة عن معنى شرعي يظهر  
في المحل عند الايجاب والقبول حتى يكون العاقد قادر على التصرف ليس غير الحكم الذي هو الملك لأنه  
هو الذي ثبت به قدرة التصرف فالتحقق من الشرع ليس الاثبات الحكم المعالم من تبادل الملكين  
عند وجود الفعلين أعني الشطرين بوضعهما سبباً له شرعاً وليس هنا شيء ثالث فالملك هو قدرة يثبتها  
الشارع ابتداء على التصرف فخرج نحو الوكيل فإذا امتنع أن يراد الفعل الخاص لزوم الآخر والايجاب  
لغة الاثبات لا شيء كان والمراد هنا اثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أو لا سواء وقع من  
البائع كبعت أو من المشتري كان يستدعي المشتري فيقول اشترت منك هذا ألف والقبول الفعل الثاني  
والافكل منهم ما لا يوجب أي اثبات فسمى الاثبات الثاني بالقبول تمييزاً له عن الاثبات الاول ولأنه يقع قبولاً  
ورضاء بفعل الاول وحيث لم تصح ارادة اللقطين بالبيع بل حكمه ما هو الملك في البدلين وجب أن يراد  
بقوله ينقضي ثبت أي الحكم فإن الانعقاد انما هو للفظين لا للملك أي انضمام أحدهما إلى الآخر على  
وجه يثبت أثره الشرعي وقولنا في القبول انه الفعل الثاني يفيد كونه أهم من اللفظ وهو كذلك فإن من  
الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم فأكله ثم البيع وأكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع  
اركبها بمائة واللبس بكذا رضاء بالبيع وكذا إذا قال بعثتك بألف فقبضه ولم يقل شيئاً كان قبضه قبولاً  
بخلاف بيع التعاطي فإنه ليس فيه ايجاب بل قبض بعينه معرفة الثمن فقط وسيأتي في جعل مسألة  
القبض بعد قوله بعثتك بألف من صور التعاطي كما فعل بعضهم تظراً وفي فتاوى قاضيان قال اشترت  
منك هذا بكذا فصدق به على هؤلاء ففعل البائع قبل أن يتفرق فجاز وكذا اشترت منك هذا النوب بكذا  
فانقطع لي قبضاً فقطعه قبل التفريق وقوله (إذا كانا بلفظي المضي) مثل أن يقول أحدهما بعت والآ خر  
اشترت) قال المصنف (لأن البيع انشاء تصرف) أي اثبات تصرف يفيد حكماً يثبت جبراً

قال رحمه الله (البيع ينقضي  
بالايجاب والقبول) الانعقاد  
هو ما يتعلق كلام أحد  
العاقدين بالآخر شرعا  
على وجه يظهر أثره في المحل  
والايجاب الاثبات ويسمى  
ما تقدم من كلام العاقدين  
ايجاباً لأنه ثبت للآخر  
خيار القبول فإذا قبل يسمى  
كلامه قبولاً وحينئذ  
لا خفاء في وجه تسمية  
الكلام المتقدم ايجاباً  
والمأخر قبولاً وشرطه أن  
يكون الايجاب والقبول  
بلانظير ماضيين مثل أن  
يقول المورج بعت والمجيب  
اشترت لأن البيع انشاء  
تصرف شرعي

قال المصنف (البيع  
ينقضي بالايجاب والقبول  
الح) أقول يجي عن المصنف  
في آخر باب ما يجب فيه  
الشفعة وما لا يجب أن  
حسد البيع مبادلة المال  
بالمال بالتراضي



وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف به أما أن البيع انشاء فلان الانشاء اثبات ما لم يكن وهو صادق على البيع لانه  
وأما كونه شرعا فلان الكلام في البيع شرعا وأما أن كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لان تلقى الامور الشرعية لا يكون الا منه  
والشرع قد استعمل في الموضوع للاخبار لغة في الانشاء فيعتقد به هذا انظر كلام الشيخ رحمه الله فلا بد من ضم شيء الى ذلك وهو أن يقال  
وكان استعماله بلنظ الماضي والا لا يتم الدليل وهو ظاهر قال رحمه الله (ولا ينعقد بلفظين أحدهما الماضي والاخر بلنظ المستقبل)  
وانما لا ينعقد بذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتصر عليه ولان  
لفظ المستقبل ان كان من جانب البائع كان عدة لا يعاوان كان من جانب المشتري كان مساومة وقيل هذا اذا كان اللفظان أو  
أحدهما مستقبلا بدون نية الإيجاب في الحال وأما اذا كان المراد ذلك فيعتقد البيع وأسند ذلك الى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي  
ثم قيل في تعليقه لان صيغة الاستقبال تختمل الحال فصحت النية وقيل لان هذا (٧٥) اللفظ وضع للحال وفي وقوعه للاستقبال

ضرب يجوز وفيه بحث لان  
الذي كور لفظ المستقبل  
وهو انما يكون بالسبب  
أو سوف وهو لا يمتثل للحال  
ولا وضع له فان أراد الشيخ  
من لفظ المستقبل ذلك فلا  
خفاء في عدم انعقاد البيع  
به نية الحال غير صحيحة  
لعدم مصادفتها للحال وأن  
أراد ما يمتثل للاستقبال  
وهو صيغة المضارع فيجوز  
أن يقال انه لم يقل بالجواز به  
وان كان بالنية لانها انما  
تعمل في احتمالات لاني  
الموضوعات الاصلية والفعل  
المضارع عند الفقهاء  
حقيقة في الحال على ما عرف  
فلا يحتاج الى النية ولا  
ينعقد به لما مر من الاثر  
والمعقول لا يقال سلمنا انه  
حقيقة في الحال لكن النية  
انما هي لدفع المحتمل وهو  
العدة لا لارادة الحقيقة لان

والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فيعتقد به ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ  
المستقبل والاخر لفظ الماضي بخلاف النكاح وقدم الفرق هناك

(والانشاء) على هذا الوجه لا يعرف (البيع بالشرع) لما فيه من اثبات معنى يكون اللفظ علة له والعبد  
لا يقدر على ذلك انما له قدرة الاخبار عن الكائن أو ما سيكون وطلبه فقولهم من الانشاء التخييل والترجي  
والقسم والاستفهام اصطلاح في تسمية ما لا خارج لحناء يطابقه أو لا يطابقه انشاء وهو يعلم ما ذكر وغيره  
بما يباينه ألا ترى أن لفظ فعل زيدا يأتي وليت لي ما ليس علة لترجي ذلك او تمنييه بل دل على الترجي  
والتخييل القائمين بالنكاح كأنه أخبر عن قيامهما به غير أن أهل الاصطلاح لا يسمونه اخبارا لما قلنا  
بخلاف بعث وطالب فانه علة تنبئ به شرعا معان لا قدرة للتكلم على اثباتها والحاصل ان الانشاء على هذا  
الوجه لا يمكن الا معن له الخلق والامر تبارك الله رب العالمين سواء سمي غيره انشاء اصطلاحا ولا واذا كان  
الانشاء لا يعرف بالبيع ولم يوضع له في اللغة لفظ يخصه والشرع استعمل في اثباته من اللغة لفظ الخبر  
أي وضعه علة لاثباته تعالى ذلك المعنى عنده فيعتقد أي يثبت به وأما تعليقه بان لفظ الماضي أدل على  
الوجود فانه لا يصدق الابتهاق الوجود سابقا فاختيره فربما يعطى قصر العلية عليه وليس كذلك بل  
الوجه أنه تعليل أولوية لفظ الماضي بأن يستعمل فيه من غيره فانه لا يقتصر عليه كما استمع (قوله)  
ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح) فانه اذا قال زوجني فقال زوجتك ينعقد  
بغير ذلك أما البيع فاذا قال بعنيه بالف فقال بعثك لا ينعقد حتى يقول الاول اشتريت ونحوه وهذا  
ونحوه مما قال الطحاوي انه ينعقد بثلاثة ألفاظ قال (وقدم الفرق هناك) يعني قوله لان هذا  
توكيل يعني زوجني فاذا قال زوجتك كان ممثلا لأمرك الموكل من وجاله وولي المن زوجها والواحد يتولى  
طرف عقد النكاح بخلاف البيع وقد سئل من قال ان لفظة الامر في النكاح جعلت إيجابا لان النكاح  
لا يصرح بالخطبة فيه وطلبه لا بعد امر اجبات وتأمل واستخارة غايبا فلا يكون لفظ طلبه أعني زوجني  
مساومة بل بتحقيقا فاعتبر إيجابا بخلاف البيع لا يكون مسبوقا بمثل ذلك فكان الامر فيه مساومة فلا  
يتم العقد بمجرد جواب الآخر وعلى هذا لا يتم فرق المصنف لانه مبني على كونه توكيلا وأما الفرق بان  
رد النكاح بعد إيجابه يلحق الشين بالاولياء بخلاف رد البيع فبني على جعل الامر فيه إيجابا ثم فيه نظر

المعهود ان المجاز يحتاج الى ما يتقى ارادة الحقيقة لا أن الحقيقة تحتاج الى ما يتقى ارادة المجاز على أنه دافع للعقول دون الاثر فان قيل فما  
وبه ما ذكر في شرح الطحاوي فالجواب أن يقال المضارع حقيقة في الحال في غير البيوع والحقيقة الشرعية فيهما هو اللفظ الماضي  
والمضارع فيهما مجاز فيحتاج الى النية فقوله بخلاف النكاح) يعني انه ينعقد بذلك فان أحدهما اذا قال زوجني فقال الآخر زوجتك  
انققد وقدم الفرق هناك وهو ما قال ان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح

(قوله والشرع قد استعمل في الموضوع للاخبار) أقول يجوز أن يقال أراد الشيخ بالموضوع للاخبار المعهود وهو لفظ الماضي  
والمراد بالاخبار الاخبار عن الكائن (قوله والفعل المضارع عند الخ) أقول في جميع العقود وفي غير البيوع والاول بخلاف لما ذكره  
في توجيهه كلام شرح الطحاوي والشافعي لا يتم به التقريب (قوله هو اللفظ الماضي) أقول أي في البيوع (قوله والمعتذر فيهما مجاز)  
أقول ضمير فيها راجع الى الحال وكذلك ضمير فيهما من قوله والحقيقة الشرعية فيهما راجع الى الحال أيضا

وقوله رضيت بكذا أو أعطيتك بكذا أو خذ بكذا في معنى قوله بعث واشتريت لانه يؤدى معناه والمعنى هو المعترف في هذه العقود

لانه لو صح لم امتناع رجوعه بعد قوله زوجني بنتك قبل قوله زوجتك لانه أيضا شين وانكسار لمعقدهم وهذه ثمانية مواضع منها البيع والا فانه لا يكتفى بالامر فيه ماعن الايجاب ومنها النكاح والخلع يقع فيهما ايجابا الخامسة اذا قال لعبد اشتر نفسك مني بألف فقال فعلت عنق السادسة في اليبة قال هل هذا فقال وحبته منكم تمت اليبة السابعة قال لصاحب الدين أبرئني عما لك على من الدين فقال أبرأتك تمت البرائة الثامنة الكفالة قال اكفل بنفس فلان لفلان قال كفلت تمت الكفالة فاذا كان غائبا فقدم وأجاز كفالته جاز واءلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو اذا لم يتصادق على نية الحال أما اذا تصادقا على نية البيع في الحال فينعقده في القضاء لان صيغة الاستقبال تحتل الحال فيثبت بالنية ذكره في التحفة في صفة الاستقبال مطلقا وفي الكافي قصر الكلام على المضارع فقال الصحيح ما ذكره الطحاوي لان المضارع في الاصل موضوع للحال ووقوعه في الاستقبال نوع مجوز اه وعلى هذا ينبغي أن يقبل قوله اذا اذاعا وكذبه الآخر لانه حقيقة اللفظ بخلاف المستقبل وهو الامر فلا بد في قوله بغنى أنه أراد معنى اشتريته بكذا ينبغي أن لا يصدق القاضى مثال ذلك أن يقول أبيع منك هذا بكذا أو أعطيك فقال اشتريته أو آخذ ونويا الايجاب للحال والحق ان المراد بالمستقبل الذي ينعقده بنية الحال هو المضارع وتسميته مستقبلا على أحد القولين والاف التحار أنه موضوع للحال وأما الامر فلا يوجد في شيء من الكتب التمثيل به لذلك مع أنه هو المستقبل في الحقيقة وذلك لانه انشاء وبينه وبين الاخبار كمال انقطاع فلا يجوز به فيه فلا يقال بعينه والمراد اشتريته فلا ينعقده الا في قوله خذ بكذا فينعقد لثبوت الايجاب اقتضاء ومثل الامر المضارع المقرون بالسين نحو سأبيعك فلا يصح بيعا ولا يجوز به في معنى بعثك في الحال فان ذكر السين يناقض ارادة الحال واعلم أن كون الواحد لا يتولى طرفي العقد في البيع مخصوص منه الاب يشترى مال ابنه لنفسه أو يبيع ماله منه والوصى عند أبي حنيفة اذا اشترى اليتيم من نفسه أو لنفسه منه بشرطه المعروف في باب الوصية وقيد في نظم الزند رسي بما اذا لم يكن نصبه القاضى (قوله وقوله رضيت) هذا بدرهم فقال بعثك وقال اشتريته بدرهم فقال رضيت أو قال بعثك بكذا فقال فعلت أو أجزت أو أخذت كل هذه الالفاظ من قبل البائع أو المشتري يتم بها البيع لا فادتها اثبات المعنى والرضاه وكذا اللفظة خذ بكذا ينعقده اذا قيل بان قال آخذته ونحوه لانه وان كان مستقبلا لكن خصوص مادته أعنى الامر بالآخذ يستدعى سابقة البيع فكان كالماضى الآن استدعاء الماضى سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذ مبقه بطريق الاقتضاء فهو كما اذا قال بعثك عبدى هذا بألف فقال فهو حر عنق ويشب اشتريت اقتضاء بخلاف ما لو قال هو حر بلا فاء لا يعتق وانما صح بهذه ونحوها (لانه يؤدى معنى البيع والمعنى هو المعترف في هذه العقود) ألا يرى الى ما قالوا لو قال وهبتك أو وهبت لك هذه الدار أو هذا العبد بشوبك هذا فرضى فهو يبيع بالاجماع قالوا انما قال في هذه العقود احتراز عن الطلاق والعناق فان اللفظ فيهما مقام مقام المعنى وأنت تعلم أن اقامة اللفظ مقام المعنى أثر في ثبوت حكمه بلانية ليس غيرة فاذا فارقت هذه العقود ذلك اقتضى أن لا يثبت بمجرد اللفظ بلانية فلا يثبت بلفظ البيع حكمه الا اذا أراد به وحيث شذ فلا فرق بين بعث وأبيع في توقف الانعقاد به على النية وإذا لا ينعقد بلفظ بعث عز لا فلا معنى لقوله ينعقد بلفظ الماضى ولا ينعقد بالمستقبل ثم تقييده بما اذا لم يتوبه فإنه ينعقده في الماضى وغيره بالنية ولا ينعقد بالماضى وغيره بلانية ومن الصور لفظه نعم تقع ايجابا في قول المستقيم اتبعنى عبدك بألف فقال نعم فقال آخذته فهو يبيع لازم وكذا أبيعك ومنها اشتريته منك بألف فقال نعم أو هات الثمن انعقد وكذا اذا قال هذا عليك بألف فقال فعلت

قال رحمه الله وقوله (رضيت أو أعطيتك) هذا البيان ان انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعث واشتريت بل كل ما دل على ذلك ينعقده فاذا قال بعث منك هذا بكذا أو قال رضيت أو أعطيتك الثمن أو قال اشتريت منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيت أى المبيع بذلك الثمن انعقد لافادة المعنى المقصود وكذا اذا قال اشتريت هذا منك بكذا فقال خذ به يعنى بعث بذلك خذ لانه أمره بالآخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فقدر بالبيع اقتضاء فصار كل ما يؤدى معنى بعث واشتريت سواء في انعقاد البيع به لان المعنى هو المعترف في هذه العقود وقيد بذلك لان بعض العقود قد يحتاج الى اللفظ ولا ينعقد بونه كإفى المفاوضة اذا لم يبين جميع ما تقتضيه ولهذا

(قوله لأن المعنى هو المعترف الخ) أقول فيه أن الاعتبار في المعاوضة أيضا للمعنى كما صرح به المصنف هناك ومساس الحاجة الى اللفظ انما هو لبعده عن علم العوام

وإنما يستعمل بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقيق المراتبة

ولو قال بطلان ما ألف إن وافقك أو أن أعجبك أو أن أردت فقال وافقتي أو أعجبتني أو أردت انعقد ولو قال بعينك بكذا بعد وجود منتهى البيع فقال اشتريت ولم يقل منك صح وكذا على العكس وكذا إذا قال بعد معرفة الثمن إن أدبت ثمنه فقد بعته منك فأدى في المجلس جازا مستحسنا ﴿فروع﴾ في اختلاف الإيجاب والقبول قال بعينك بألف فقال اشتريته بألفين جازان قبل البائع الزيادة ثم بألفين والاصح بألف إذ ليس له ولاية إدخال الزيادة في ملكه بلارضاه ولو قال اشتريته بألفين فقال البائع بعينك بألف جاز كأنه قبل بألفين وحط عنه ألفا ولو ساومه بعشرة فقال بعشرين فقبضه من يده ولم ينعه لم بعشرة فلو كان في يد المشتري من أول الأمر فذهب به والباقي بحاله فبعشرين عندهم جميعا وقال الطحاوي يلزم بائعهم كالأصل مطلقا ولو قال بعينك بألف بعينك بألفين فقال قبلت الأول بألف لم يجز لأن البائع قد رجع عنه وليس هكذا في الطلاق والعتاق فإن قال قبلت البيعين جميعا بثلاثة آلاف فهو كقوله قبلت الآخر بثلاثة آلاف يعني يكون البيع بألفين والألف زيادة أن شاء قبلها في المجلس وإن شاء ردها وكذا بألف بمائة دينار إنما يلزمه الثاني وقيل يلزمه الثمنان والأول في الزيادات وهو أوجه وإذا قبل الزيادة في المجلس لم المشتري (قوله) ولهذا ينعقد أي ولأن المعتبر هو المعنى ينعقد (بالتعاطي في النفيس والخسيس) قيل النفيس نصاب السمرة فصاعدا والخسيس مادونه (وقوله هو الصحيح) احتراز من قول الكرخي أنه إنما ينعقد بالتعاطي في الخسيس فقط وأراد بالخسيس الأشياء المحقرة كالبقول والرغيف والبيض والجوز استحسانا للعادة قال أبو معاذ رأيت سفيان الثوري جاء إلى صاحب الرمان فوضع عنده فلسا وأخذ رمانة ولم يتكلم ومضى وجهه الصحيح أن المعنى وهو دلالة على التراضي يشمل الكل وهو الصحيح فلا معنى للتفصيل وفي الإيضاح هو خلاف ما ذكر محمد في الأصل في مواضع ٥ وفي شرح الجامع الصغير لفخر الإسلام في رجل قال لرجل بعني هذا العبد فلان فاشتراه ثم أنكر أن يكون فلان أمره بذلك ثم جاء فلان فقال أنا أمرته قال يأخذه فلان قال لم أمره وقد كان اشتراه لم يكن له إلا أن يسلمه المشتري له فإن سلمه وأخذه الذي اشتراه كان يباع الذي أخذه من المشتري وكان العهد عليه أي لا أخذه على المشتري فدل على صحة التعاطي في النفيس وفي المنتقى له على آخر ألف درهم فقال له الذي عليه المال الذي له المال أعطيك بما لك فنانير فساومه بالدينار ولم يقع بيع ثم فارقته فجاءه بها فدفعها إليه يريد الذي كان ساوم عليه ثم فارقته ولم يستأنف بيعا جاز هذه الساعة وكذا لو ساوم رجلا بشيء عوالم مع عوالم ثم فارقته وجاءه بالوعاء فأعطاه الثمن وكال له جاز ومن صورته ما إذا جاء المودع بأمة غير المودعة وقال هذه أمتك والمودع يعلم أنها ليست أياها وحلف فأخذها حلال الوطاء للمودع وللأمة وعن أبي يوسف لو قال الخياط ليست هذه بطائفي فخلف الخياط أنها هي وسعه أخذها ومنها قول الدلال للزاهد هذا الثوب بدرهم فقال ضعه وفي أجناس الناطقي لو قال بكم تباع فقبض حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو بيع وكذا لو قال للقصاب مثله فوزته وهو ساكت فهو بيع حتى لو امتنع القصاب من دفع الثمن وأخذ اللحم أو امتنع القصاب من دفع اللحم أجبرهما القاضي وكذا إذا قال زن لي ما عندك من اللحم على حساب ثلاثة أطل بدرهم فوزن بخلاف ما لو قال زن لي ثلاثة أطل فوزم له الخيار لأنه ليس بمعاوم بخلاف ما لو قال من هذا الجنب ومن هذا الفخذ وكذا قوله لمن جاء بقر بطيخ فيه البكار والصغار بكم عشرة من هذه فقال بدرهم فعزل عشرة واختارها فذهب بها والبائع ينظر أو عزل البائع عشرة فقبلها المشتري ثم البيع واختلاف في أن قبض البدلين شرط في بيع التعاطي أو أحدهما كاف والصحيح الثاني ونص محمد رحمه الله على أن بيع التعاطي يثبت بقبض أحدهما البدلين وهذا ينتظم الثمن والمبيع ونصه في الجامع على أن تسليم المبيع يكفي لا ينفي الآخر ومنها ورد بخيار العيب والبائع متيقن أنها ليست له فأخذها

(ولهذا) أي ولكون المعنى هو المعتبر في هذه العقود (ينعقد البيع بالتعاطي في النفيس والخسيس لتحقيق) المقصود وهو التراضي وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخي البيع ينعقد بالتعاطي في الخسيس كالبطل وأمثاله ثم أنحدا رحمه الله أشار في الجامع الصغير إلى أن تسليم المبيع يكفي في تحقيقه

قال المصنف (لتحقق المراتبة) أقول سيصح في باب الوكالة بالشراء بكفاية التسليم على وجه البيع للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن وفي النهاية في فصل ما يتحمله الشاهد التعاطي بيع حكى وليس بيع حقيقي

قال رحمه الله (واذا أوجب) إذا قال البائع مثلاً بعتك هذا بكذا قال الآخر بالخيار ان شاء قال في المجلس قبلت وان شاء رد وهذا يسمى خيار القبول وهذا لأنه لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول لكان مجبوراً على أحدهما وانتق التراضي فالحق رضاه بيعاً لم يكن بيعاً هذا خلف وإذا كان إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم بدون قبول الآخر كان للوجوب أن يرجع عن إيجابه تلجؤاً عن إبطال حق الغير فإن قيل سلناه أن إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم ينصرف في ذلك فإن حق التملك ثبت للمشتري بإيجاب البائع وهو حق للمشتري فلا يكون الرجوع مالياً عن إبطال حق الغير (٧٨) فالجواب أن الإيجاب إذا لم يكن مفيداً للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة البائع وحق التملك للمشتري إن سلم ثبوته

قال (واذا أوجب أحد المتعاقدين البيع) قال الآخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رد وهذا خيار القبول لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه وإذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فالجواب أن يرجع عنه قبل قبوله تلجؤاً عن إبطال حق الغير وإنما يمتد إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة فعلم العسر وتحقيقاً للسر  
ورضى فهو بيع بالتعاطي (قوله) وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع قال الآخر بالخيار وهذا خيار القبول ان شاء قبل وان شاء رد) وللوجوب أيهما كان بائعاً ومشترياً أن يرجع قبل قبول الآخر عن الإيجاب لأنه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلامعارض أقوى لأن الثابت له بعد الإيجاب حق التملك والموجب هو الذي أثبت له هذه الولاية فلا أن يرفعها كعزل الوكيل ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك فلم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الإجماع تنفيه ألا يرى أن اللاب حق التملك لمال ولده عند الحاجة وقبل تملكه بالفعل كان للولد أن يتصرف فيه كيف شاء ولو صادف رد البائع قبول المشتري بطل وأورد في الكافي الزكاة المججلة ليس له حق استردادها لثبوت حق التملك للفقير وحاصل جوابه أن الأصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب وإنما الفائت وصده وهو الثمنا فبعد أخذ السبب حكمه ثم الأمر وفيما نحن فيه لم يوجد الأصل بل شرطه فلا يكون البيع موجوداً وله أن يقبل مادام المجلس قائماً فإن لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينقصد واختلافه باعتراض ما يدل على الأعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه أما لو قام أحدهما ولم يذهب فظاهر الهداية وعليه مشي جمع أنه لا يصح القبول بعد ذلك واليه ذهب قاضيان حيث قال فإن قام أحدهما بطل بعني الإيجاب لأن القيام دليل الأعراض فإن قيل الصريح أقوى من الدلالة قلوا قال بعد القيام ينبغي أن لا يثبت الأعراض قلنا الصريح إنما كان أقوى ويعمل إذا بقي الإيجاب بعد قيامه وهما لم يبق فإن الأصل أن لا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه ولا يجتمع قوله قبلت به الآن للمجلس أثر في جمع المتفرقات وبالقيام لا يبقى للمجلس وقال شيخ الإسلام في شرح الجامع إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح واليه أشير في جمع التفاريق وهذا شرح لقوله فيما يأتي وأيهما قام إلى آخره وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما إذا تبايعا وهما عيشيان أو يسيران لو كانا على دابة واحدة فأجاب الآخر لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية واختار غير واحد كالطحاوي وغيره أنه إن أجاب على فور كلامه متصلاً جاز وفي الخلاصة عن النوازل إذا أجاب بعد ما مشى خطوة أو خطوتين جاز ولا شك أنهما إذا كانا عيشيان متصلاً لا يقع الإيجاب إلا في مكان آخر بلا شبهة ولو كان الخاطب في صلاة فريضة ففرغ منها وأجاب صح وكذا لو كان في نافذة فضم إلى ركعة الإيجاب أخرى ثم قبل جاز بخلاف ما لو أكملها أربعاً ولو كان في يده كوز فشرب ثم أجاب جاز وكذا لو أكل لقمة لا يتبدل المجلس إلا إذا اشتغل بالأكلا ولو ناما جالسين لا يختلف ولو مضطجعين أو أحدهما في فرقة والسفينة كالبيت فلو عقدوا هي تجزى فأجاب ذلك مانعاً عن الرجوع في المجلس فيتوقف الإيجاب فيه ما على ما وراء المجلس

الآخر

ذلك مانعاً عن الرجوع في المجلس فيتوقف الإيجاب فيه ما على ما وراء المجلس

(قوله وهذا لأنه لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول) أقول أثبت تخييراً لما لم تفرض في صورة الردية عاجتي يلزم خلاف المقرض مع أن صورة الرد لم تعرض إياها المصنف ولا يتعلق به الغرض فالأولى في التعليل طي ذكره من البين أو يقال في التعليل يلزم أن لا يوجد جديع أصلاً قلنا مل (قوله فيما فرضناه به لم يكن بيعاً هذا خلف) أقول إنما يلزم ذلك إذا كان انتفاء التراضي مستلزماً لانتفاء البيع وهو منوع ألا يرى أن بيع المبكر منققد (قوله فالجواب أن الإيجاب الخ) أقول الظاهر أن هذا جواب بتغيير الدليل

قال رحمه الله (والكتاب كالخطاب) اذا كتب أما بعد فقد بعثك عبدى فلانا بألف درهم أو قال لرسوله بعث هذا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب فأخبره بذلك فوصل الكتاب الى المكتوب اليه وأخبر الرسول المرسل اليه فقال في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشتريت أو قلت تم البيع يتنهما لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب وكان ذلك سواء في كونه مبلغا وكذلك الرسول معبر وسفير فنقل كلامه اليه قال رحمه الله (٧٩) (وليس له ان يقبل في بعض المبيع)

يعنى اذا أوجب البائع المبيع في شيتين فصاعدا وأراد المشتري قبول العقد في أحدهما لا غير فان كانت الصفقة واحدة فليس له ذلك انضرر البائع بتفريق الصفقة عليه لان العادة فيما بين الناس انهم يضمون الجيد الى الرديء في البياعات ويتقصون عن ثمن الجيد لترويج الرديء به فلو ثبت خيار قبول العقد في أحدهما لقبل المشتري العقد في الجيد وترك الرديء فزال الجيد عن يد البائع بأقل من ثمنه وفيه ضرر على البائع لاحالة وهذا التعليق في الصورة الموضوعية صحيح وأما اذا وضعت المسئلة فيما اذا باع عبدا بألف مثالا وقبل المشتري في نصفه فليس بصحيح والصحيح فيه أن يقال يتضرر البائع بسبب الشركة فان قيل فان رضى البائع في المجلس هل يصح أولا أجيب بأن القدوري قال انه يصح ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استئناف احباب لا قبولا ورضا البائع قبولا قال وانما يصح مثل هذا اذا كان

والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة وليس له أن يقبل في بعض المبيع ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بغير فرق الصفقة

الاخر لا يقطع المجلس بمجرد انهم مالا يمكن ايقافها وقيل يجوز في الماشيين أيضا ما لم يتفرقا بذاتيهما أما المسير بلا افتراق فلا وهكذا في خيار الخيرة بخلاف سجدة التسلاوة ولو قال بعثك بألف ثم قال لاخر بعثك بألف فقبلا فهي للثاني لا للاول ولو قال بعثك بكذا فلم يقبل حتى قام البائع في حاجة بطل (قوله) والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة) فصوره الكتاب أن يكتب أما بعد فقد بعث عبدى منك بكذا فلما بلغه الكتاب وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس انعقدت الرسالة أن يقول اذهب الى فلان وقل له ان فلانا باع عبده فلانا منك بكذا فجاءه فأخبره فأجاب في مجلسه ذلك بالقبول وكذا اذا قال بعث عبدى فلانا من فلان بكذا فاذهب يا فلان فأخبره فذهب فأخبره فقبل وهذا لان الرسول ناقل فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكما فلو بلغه بغير أمره فقبل لم يجز لانه ليس رسولا بل فصولا ولو كان قال بلغه يا فلان فبلغه غيره فقبل جاز ولو كان المكتوب بعينه بكذا فكنت بعثك لا يتم ما لم يقبل الاول قبلت وأما ما ذكر في المبسوط لو كتب اليه بعنى بكذا فقال بعته يتم البيع فليس مراد محمد ههنا من هذا سوى الفرق بين النكاح والمبيع في شرط الشهود لا بيان اللفظ الذي يتعده البيع وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب فعنى من الحاضر يكون استيما عاده وأما من الغائب بالكتابة فيراد به أحد شرطى العقد ههنا ويصح رجوع الكتاب والمرسل عن الايجاب الذي كتبه وأرسله قبل بلوغ الآخر وقبوله سواء علم الآخر أو لم يعلم حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع بخلاف ما لو وكل بالمبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل فانه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فبيعه نافذ وعلى هذا الجواب في الاحارة والهبة والكتابة فاما الخلع والعق على مال فانه يتوقف شرط العقد في حق المرأة والعبد بالاجماع اذا كانا غائبين على القبول في مجلس بلوغ الخبر بخلاف العكس وهو أن تقول المرأة نكحت زوجي وهو غائب أو يقول العبد قبلت عتق سيدي الغائب على ألف فانه لا يتوقف بالاجماع وفي النكاح من الخلاف فعند أبي يوسف يتوقف وعندهما لا (قوله) وليس له أن يقبل الى آخره) يعنى الآن رضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض ويكون المبيع مما يتقسم الثمن عليه بالاجزاء كعبد واحد أو مكيل أو موزون فان كان مما لا يتقسم الا بالقيمة كنبوين وعبيدين لا يجوز وان قبل الآخر ولنتكلم على عبارة الكتاب ههنا فانما وقع فيها انجاذب فتقول الظاهر من نظم الكلام أن ضميره له في قوله وليس له راجع الى أحد المتعاقدين في قوله واذا أوجب أحد المتعاقدين البيع أولاخر وحيثه يكون أعظم من البائع والمشتري فمعناه في البائع انه اذا أوجب المشتري البيع بأن قال اشتريت هذه الاثواب أو هذا الثوب بعشرة فليس البائع أن يقبل في بعض المبيع من أثواب أو أثوب لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة لانه قد يتعلق غرضه بالجملة بسبب حاجته الى الكل ويعسر عليه تحصيل باقي الاثواب لعزتها وبعضها لا يقوم بحاجته فلما ألتزمها البيع في البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وغير ذلك من الامور وأما في المشتري فمعناه اذا أوجب البائع البيع فليس للمشتري أن يقبل في بعضه اذا

للعرض الذي قبله المشتري خاصة معلومة من الثمن كالصورة المذكورة وفي القفيزين باعها بعشرة لان الثمن يتقسم عليهم ما باعتبار الاجزاء فتكون حصة كل بعض معلومة فاما اذا أضاف العقد الى عبيدين أو ثوبين لم يصح العقد بقبول أحدهما وإن رضى البائع لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وأنه لا يجوز كما سأل وإن كانت الصفقة متفرقة كان له ذلك لانتفاء الضرر عن البائع

قوله لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وأنه لا يجوز) أقول ويجوز بقاء ويجوز



واليه أشار بقوله (الاذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معني) والصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه والعقد يحتاج الى مبيع وثمن وبائع ومشتري وبيع وشراء وبالتحديد بعض هذه الاشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفرقها فاذ اتحد الجميع اتحدت الصفقة وكذا اذا اتحد سوى المبيع كقوله بعتم ما بمائة فقال قبلت واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كأن قال بعتم ما بمائة فقال قبلت أحدهما بستانين والاخر بأربعين وذلك يكون صفقة واحدة أيضا كما ذكر في الكتاب واتحاد الجميع سوى البائع كأن قال بعنا هذا (٨٠) منك بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة واتحاد الجميع سوى المشتري كأن

قال بعتمه منك بمائة فقال قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق المبيع والثمن ان كان بتكرير لفظ المبيع فكذلك وكذا تفرقهما بتكرير لفظ الشراء هذا كله قياسا واستحسانا وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن والمبيع بلا تكرير لفظ البيع فكذلك تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فيوجب التفرق قياسا لاستحسانا وقيل لا يوجب التفرق على قول أبي حنيفة ويوجهه على قول صاحبيه

قال وأهم ما قام من المجلس قبل القبول بطل الايجاب إذا اتصل بقوله ان شاء قبل في المجلس وإن شاعره وهو أشار الى أن رد الايجاب تارة يكون صريحا وأخرى دلالة فإن القيام دليل للاعراض والرجوع وقد ذكرنا أن الموجب الرجوع صريحا والدلالة تعمل عمل الصريح فإن قيل الدلالة تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يعارضها وههنا

الاذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معني قال (وأهم ما قام من المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض) والرجوع وله ذلك على ما ذكرناه

قد يتضرر بتفريق الصفقة لان العادة أن يضم البائعون الجسد الى الردي عليه وجونه فلو أن زمانه البيع بقي الردي وذهب ما يروجه به فيتضرر بذلك ومعلوم أن القبول في بعض المبيع يكون ببعض الثمن فخذفه المصنف للعلم به لكن على هذا الحاجة لقوله ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن لان ذلك يستفاد من العبارة الاولى بطريق الدلالة فلزم كون الضمير للبائع ولفظ المشتري بالبناء للعامل لتصحج كلامه أي وليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع الذي أوجب فيه المشتري البيع ولا ان يقبل المشتري في بعض المبيع فيما اذا كان الموجب هنا البائع والحاصل أن عدم صحة القبول في البعض للزوم تفرق الصفقة فوجب أن يعرف بماذا ثبت اتحادها وتفرقها فاعلم أنه يكون تارة من تعدد القابل وتارة من غيره فمان تعدد القابل امتناعه لما فيه من الزام الشركة مياله أن يقول البائع لمشتريين بعتمك هذا بألف فقال أحدهما اشتريت دون الآخر تعددت فلا يلزم لانه لو تم في النصف لانه انما خاطبهم مبال كل فكان مخاطبا كلا بالنصف فلو لم صار شر بكا للبائع فدخل عليه عيب الشركة بلارضاء وكذا لو قال رجل لمالك عني اشتريت منك هذه بألف فباعه أحدهما دون الآخر فان بيعه انما يتم في نصيبه فتعددت فلو تم تضرر المشتري الموجب بالشركة أيضا وأما اذا كان الموجب اثنين خاطبا واحدا فقالا بعناك أو اشترينا منك هذا بكذا فأجاب هو في بعضه لا يلزم لكن لا تعدد هاتين العقد بل لاجابته في البعض ألا ترى أن الموجب فيه الو كان واحدا والباقي بحاله كان من تعدد الصفقة أيضا فعرف أن هذا من جهة أخرى لامن تعدد العقاد وأما من غيره فنبصره ان احدهما أن يوجب البائع في مثليين أو واحد قسما أو مثلي فقبل في البعض أو يوجب المشتري فيما ذكرناه بأن يقول اشتريت منك بكذا فقبل البائع في البعض فان في كل منهما الصفقة واحدة فاذا قبل في بعضها فرفضها فلا يصح فلو كان بين ثمن كل منهما فلا يخلو اما أن يكون بلا تكرار لفظ البيع أو بتكراره ففيما اذا كرره فالإتفاق على أنه صفقة ثمان فاذا قبل في أحدهما يصح مثل أن يقول بعتمك هذين العبدين بعتمك هذا بألف وبعتمك هذا بألف أو اشتريت منك هذين العبدين اشتريت هذا بألف واشتريت هذا بألف كذا في موضع وفي موضع أن يقول بعتمك هذين العبدين بعتمك هذا بألف وهذا بألفين وفيما اذا لم يكرره مثل بعتمك هذين هذا بمائة وهذا بمائة فظاهر الهداية أنه صفقة ثمان وبه قال بعضهم وقال آخرون صفقة واحدة وان مراد صاحب الهداية اذا كرر لفظ البيع فأما اذا لم يكرره وقد اتحد الايجاب والقبول والعقد ولم تعدد الثمن فالصفقة واحدة قياسا واستحسانا فليس له أن يقبل في أحدهما وقيل الاول استحسان وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه والثاني قياس وهو قولهما والوجه الاكتفاء بمجرد تفرق الثمن لان الظاهر أن فائدته ليس الاقصده بأن يبيع منه أي ما شاء والا فلا

قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فترجى على الدلالة أحيب بأن الصريح انما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها كان

قال المصنف (الاذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معني) اقول سيجي في آخر باب البيع الفساد انه لا تعدد الصفقة بمجرد تفصيل الثمن فالمراد هنا تكرير لفظ البيع والشراء مع بيان ثمن كل واحد (قوله فاذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة) اقول تأمل في هذا التعبير (قوله وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن الخ) اقول ويعلم من هذا حال تعدد الثمن والبيع بدون تفرق البائع والمشتري بالطريق الاولى وفيه شيء يمكن دفعه ولعل الاولى أن لا يتعرض لتعدد البائع والمشتري

وقوله (والتفرق تفرق الاقوال) جواب عما قال التفرق عرض فيقوم بالجوهر ولقائل ان يقول حل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي أهل السنة فيكون اسناد التفرق اليها مجازا فوجه ترجيح مجازكم على مجازهم وأجيب بأن اسناد التفرق والتفرق الى غير الاعيان شائع فصار بسبب فصول الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا نية وقال لا تفرق بين أحد من رسله والمراد التفرق في الاعتقاد وقال صلى الله عليه وسلم ستفرق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة وهو أيضا في الاعتقاد وفيه نظر لان المجاز باعتبار ما يؤيد إليه أو ما كان عليه أيضا كذلك على أن ذلك يصح على مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على مذهب أبي حنيفة فان الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده ولعل الاولى أن يقال جملة على التفرق بالابتنان رد الى الجهالة إذ ليس له وقت معلوم ولا غاية (٨٣) معروفة قصيرة من أشياء بيع الملامسة والمنابذة وهو مقطوع بقساده عادة وهذا

والتفرق فيه تفرق الاقوال قال (والاعراض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع) لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تنقض الى المنازعة

الاخر وأن لا يرجع وعلى هذا فالتفرق الذي هو غاية قبول الخيار تفرق الاقوال وهو أن يقول الآخر بعد الإيجاب لا اشتري أو يرجع الموجب قبل القبول واسناد التفرق الى الناس مراد به تفرق أقوالهم كتحريق الشرع والعرف قال الله تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا نية وقال صلى الله عليه وسلم افترقت بنو اسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة وستفرق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة وحيث قد اربأ أحدهما صاحبه اخبره الموجب بقوله بعد الإيجاب لا آخر اخترا تقبل أو لا والافتقار على أنه ليس المراد أن بمجرد قوله اختري يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله اختري فكذلك في خيار القبول والله سبحانه وتعالى أعلم وأما القياس فعلى النكاح والخلع والعق على مال والكتابة كل منها عقده معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد المنطق الدال على الرضا فكذلك البيع وأما ما يقال تعلق حق كل من العاقلين ببذل الآخر فلا يجوز إبطاله فيرد منه به بأن ذلك بالشرع والشرع نفاه الى غاية الخيار بالحديث فالتأخير رجوع الكلام فيه الى ما ذكرناه من معنى المتبايعين وأما ما قيل حديث التفرق وادمالك ولم يعمل به نازك أن المراد به ذلك لعل به فغاية في الضعف إذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره بل مالك عنده مخجوج به (قوله والاعراض المشار اليها) سواء كانت مبيعات كالجوب والنياب أو أمثالا كالدرهم والدنانير (لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع) فإذا قلنا بعك هذه الصبر من الخطة أو هذه الكور جنة من الارز والشاشات وهي مجبولة العدد بهذه الدراهم التي في يده وهي مرئية له فقبل جاز ولم لان الباقي جهالة الوصف يعني القدر وهو لا يضرب اذا لا يمنع من التسليم والتسلم لتجمله بجهة القيمة لا تمنع الصحة قال في الفتاوى قال لغيره لك في يدى أرض خربة لا تساوي شيئا فبعها منى بتسعة دراهم فباعها وهو لا يعلم بقيمتها أكثر جاز البيع بخلاف السلم لا يشترط العوض فيه الا أجل فلا يصح في السلم فيه اتفاقا ولا في رأس مال السلم اذا كان مكبلا أو موزنا عند أبي حنيفة رضى الله عنه لما يجيء ثم المسئلة مقيدة بغير الاموال الربوية وبالربوية اذا قبلت بغير جنسها أما الربوية اذا قبلت بجنسها كالخطة بالخطة والذهب بالذهب فلا يصح مع الاشارة اليها لاحتمال الربا واحتمال الربا مانع كحقيقة الربا شرعا والتقييد بمقدارها في قوله لا يحتاج الى معرفة مقدارها

معنى قول مالك رحمه الله ليس لهذا الحديث حشد معروف أو قول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني بالاشارة لا تقضى وترجح جهة التفرق بالاقتوال بما ذكرنا من أداء جملة على التفرق بالابتنان الى الجهالة وهذا التأويل أعنى جعل التفرق على الاقوال منقول عن محمد بن الحسن رحمه الله قال رحمه الله (والاعراض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها) الاعراض المشار اليها كانت أو أمثالا لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف المتناهي للجهالة المفصلة الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم الذين أوجبهم عقد البيع فان جهالة الوصف لا تنقض الى المنازعة لوجود ما هو أقوى منه في التعريف

وكون التقابض ناجزا في البيع بخلاف السلم على ما سيأتى وهذا انما يستقيم اذا لم تكن الاعراض ربوية أما اذا كانت ربوية فجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربا وانما يقيد في الكتاب لان ذلك مما يتعلق بالربا وهذا الباب ليس لبيان

(قوله والتفرق تفرق الاقوال الخ) أقول الافتراق أحد الاكوان الاربعة المعروفة بوجودها بالضرورة عند المتكلمين (قوله وأجيب بأن اسناد التفرق والتفرق الخ) أقول اسناد التفرق الى القول مجازا لا سببية لا يستلزم وجود التفرق حقيقة كما في قوله أقدمى بلدك حق على فلان (قوله أو تقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني) أقول فلا بد من لزوم قيام العرض بالعرض من مدفع والظاهر أنه منع كون ما يطلق التفرق مطبقا من الاعراض (قوله تمتا كانت أو أمثالا) أقول ونقرر بصدر الشريعة صريح في أن المراد بالاعراض الأثمان فتأمل في الترجيح (قوله فان جهالة الوصف الخ) أقول والظاهر أن قول المصنف وجهالة الوصف الخ كلام مستأنف أتى به بنا بالحال جهالة الوصف فيه (قوله ناجزا في البيع) أقول أى حاضر (قوله فجهالة المقدار تمنع الصحة) أقول اذا بيعت بجنسها

قال (والاثمان المطلقة لاتصح الآن تكون معروفة القدر والصفة) الاثمان المطلقة (٨٣) عن الاشارة لا يصح بها العقد الآن تكون

(والاثمان المطلقة لاتصح الآن تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهاية مفضية الى المنازعة فيتمتع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفاتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال (ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما)

مقدارها احتراز عن الصفة فانه لو اراد دراهم وقال اشترى به هذه فوجد هذا زوفاً ونهر جرة كان له أن يرجع بالجيد لان الاشارة الى الدراهم كالتمنيص عليهم او هو ينصرف الى الجيد ولو وجد هذا مستوقة أو رصاصاً فسد البيع وعليه القيمة ان كان أنلفها ولو قال اشترى به هذه الصرة من الدراهم فوجد البائع ما فيها خلاف نقد البلد فله أن يرجع بنقد البلد لان مطلق الدراهم في البيع ينصرف الى نقد البلد وان وجدها نقد البلد جاز ولا خيار للبائع بخلاف ما لو قال اشترى به في هذه الخابية ثم رأى الدراهم التي كانت فيها كان له الخيار وان كانت نقد البلد لان الصرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها وفي الخابية لا يعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لان خيار الرؤية لا يثبت في النقود (قوله والاثمان المطلقة) أي عن قيد الاشارة (لاتصح حتى تكون معلومة القدر) كخمس عشرة دراهم أو اكرار حنطة بخلاف ما لو اشترى بوزن هذا الخبز ذهباً فانه ليس عوضاً مشاراً اليه فان المشار اليه الخبز ولا يعلم قدر جرم ما يوزن به من الذهب فلهذا اذا اشترى بوزن هذا الخبز ذهباً فوزن به كان له الخيار ومما لا يجوز البيع به البيع بكمية أو بماحل به أو بما تريد أو تحب أو برأس ماله أو بما اشتراه أو بمثل ما اشترى فلان لا يجوز أن علم المشتري بالقدر في المجلس فرضيه عاد جازاً وكذا لا يجوز بألف درهم الا ديناراً أو بمائة دينار الا درهماً وكذا لا يجوز عمل ما يبيع الناس الآن يكون شيئاً لا يفتاوت كالخبز واللحم (والصفة) كعشرة دراهم بخارية أو سمرقندية وكذا حنطة بحرية أو صعيدية وهذا لانها اذا كانت الصفة مجهولة تتحقق المنازعة في وصفها فالمشتري يريد دفع الادون والبائع يطلب الارتفاع فلا يحصل مقصود سرعة العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعة واعلم ان الاعراض في البيع إما دراهم أو دنائير فهي عن سواء قبولت بغيرها أو بجنسها وتكون صرفاً وإما أعيان ليست مكيلة ولا موزونة فهي مبيعة أبداً ولا يجوز فيها البيع الا عينا الا فيما يجوز فيه السلم كالثياب وكما ثبت الثياب مبيعة في الذمة تطرق السلم ثبتت ديناً مؤجلاً في الذمة على انهما ثمن وحينئذ يشترط الاجل لان الثمن بل لتصير ملحقة بالسلم في كونها ديناً في الذمة فلذا قلنا اذا باع عبداً بثوب موصوف في الذمة الى أجل جازو يكون به عا في حق العبد حتى لا يشترط قبضه في المجلس بخلاف ما لو أسلم الدراهم في الثوب وانما ظهرت أحكام المسلم فيه في الثوب حتى شرط فيه الاجل وامتنع بيعه قبل قبضه لاحقاؤه بالمسلم فيه أو مكيل أو موزون أو عددي متقارب كاليض فان قبولت بالنقد فهي مبيعات أو بأثمانها من المثلثات فما كان موصوفاً في الذمة فهو ثمن وما كان معينا فبيع فان كان كل منهما معينا فاصحبه حرف الباء وألفظ على كان ثمناً ولا خرميها وقال نحو اهر زاده رحمه الله في شهادات الجامع المكيل والموزون اذا لم يكن معينا فهو ثمن دخل عليه حرف الباء ولم يدخل فلذا لو قال اشترى منك كذا حنطة بهذا العبد لا يصح الا بطريق السلم فيجب أن يضرب الاجل للحنطة واعلم أن التقدير بالمسروط قد يكون عرفاً كما يكون نصاً في الفتاوى لو قال اشترى منك هذا الثوب أو هذه الدراهم أو هذه البطيخة بعشرة ولم يقل دنائير أو دراهم ان كان في البلد يتباع الناس بالدنانير والدراهم والفلس ينقد البيع في الدار بعشرة دنائير وفي الثوب بعشرة دراهم وفي البطيخة بعشرة أفلس وان كان في بلد لا يتباع الناس بهذه الجاهة ينصرف الى ما يتباع الناس بذلك النقد انتهى وحاصل هذا أنه اذا صرح بالعدد دفعه عين المعكود من كونها دراهم أو دنائير أو فلساً يثبت على ما يناسب المبيع ووقع شك فيما يناسب المبيع وجب أن لا يتم البيع (قوله ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل)

معلومة القدر كعشرة ونحوها والصفة ككونها بخار أو سمرفندي لان التسليم واجب بالعقد وكل ما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهاية المفضية الى النزاع فالتسليم يمتنع بها (وهذه الجهاية مفضية الى المنازعة فيتمتع التسليم والتسلم) ويقوت الغرض المطالب من البيع قال (ويجوز البيع بثمن حال) قال الكرخي رحمه الله المبيع ما يتعين في العقد والثن ما لم يتعين وهذا على المذهب فان الدراهم تتعين عند الشافعي في البيع وهو ثمن بالاتفاق وقال أبو الفضل الكرماني في الايضاح الثمن ما كان في الذمة نقله عن الفراء وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة وليس بثمن وقيل المبيع ما يحل العقد من الاعيان ابتداء

(قوله يمتنع حصوله بالجهاية الخ) أقول أي بجهاية ذلك الواجب (قوله الى النزاع) أقول في ذلك الواجب (قوله والثن ما لم يتعين) أقول هذا أيضاً منقوض بالمسلم فيه ورأس مال السلم اذا كان عينا (قوله وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة) أقول لا يبعد أن يقال المعروف هو المبيع المطابق والثن

المطابق وهو ما يكون ثمناً بكل حال ففي التعريف ما كان في الذمة على كل حال بقريضة الاطلاق الذي يصرف على الكمال

وقوله ابتداء احتراز عن المستأجر لأنه إنما يحل العقد باعتباره قيامه مقام المنفعة على أحد طرفي أصحابنا في الاجارة والتمن ما يتبادر  
وينقسم كل منهما الى محض ومتعدد فالمبيع المحض هو الاعيان التي ليست من ذوات الامثال الا لثياب الموصوفة وقعت في الذمة الى  
أجل بدلا عن عين فانها أثمان وليس اشتراط الاجل لكونه متمايلا ليصير له مقابل بالم في كونه ادنيا في الذمة والتمن المحض هو ما خلق  
للمتعة كالدراهم والذناير والمترددين هما كالمكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة فانها مبيعة نهى مبيعة وأثمان لان البيع لا بدله منها  
نظر الى انها مثلية كالنقدين فان قابليها للتفاد فهو معينة وان قابليها لعين وهي معينة نهى مبيعة وأثمان لان البيع لا بدله منها  
وليس أحدهما أولى بان يجعل مبيعا من الآخر فجعل كل واحد مبيعا وتمازوا كانت أعنى المكيلات والموزونات غير معينة فان  
دخلت فيها البساء مثل أن يقال اشترت هذا العبد بكر خنطة وقد وصفها كانت ثمنها ودخلت في غيرها كان يقال اشترت الكرم هذا  
العبد كان مبيعا ولا يصح الاسماء بشرطه هذا المحض كالمهم في هذا الموضع وأقول الاعيان ثلاثة نقود أعنى الدراهم والذناير وسلع  
كالثياب والذور والعبد وغير ذلك (٨٤) ومقدارات كالمكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة وببيع غير النقدين بالنقدين

لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع وعنه عليه الصلاة والسلام انه اشترى من يهودى طعاما الى أجل  
معلوم ورهنه درعه ولا بد أن يكون الأجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد  
فهذا يطالب به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها قال (ومن أطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد  
البلد) لانه المتعارف وفيه التحرى للجواز فيصرف اليه

لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع) وما بشئ مؤجل بيع وفي صحيح البخارى عن عائشة رضى الله عنها  
(اشترى) رسول الله صلى الله عليه وسلم (طعاما من يهودى الى أجل ورهنه درعه) من حديث وفي  
لفظ الصحاحين طعاما بنديئة وقد سمي هذا اليهودى في سنن البيهقي أخرجه عن جابر أنه عليه الصلاة  
والسلام رهن درعا عند أبي الشحيم رجل من بني ظفر في شعب (ولا بد أن يكون الاجل معلوما لان  
جهالة تقضى الى المنازعة في التسليم والتسليم فهذا يطالب به في قريب المدة وذلك في بعيدها) ولانه عليه  
الصلاة والسلام في موضع شرط الاجل وهو السلم أو يجب فيه التعيين حيث قال من أسلف في غير فليسلف  
في كيل معلوم ووزن معاصر الى أجل معلوم وعلى كل ذلك انعقاد الاجماع وأما البطلان فيما اذا قال  
بعتكه بألف حالا وبألفين الى سنة فلهالة الثمن ومن جهالة الاجل ما اذا باعه بألف على أن يؤدى اليه الثمن  
في بلد آخر ولو قال الى شهر على أن يؤدى الثمن في بلد آخر جاز بألف الى شهر ويبتطل شرط الايفاء في بلد  
آخر لان تعيين مكان الايفاء فيما الاجل له ولا مؤنة لا يصح فلو كان له حل ومؤنة صح ومنه على قول محمد ما اذا  
باعه على أن يدفع اليه المبيع قبل أن يدفع الثمن فان انبيع فاسد لان محمد ارجه الله عليه بتضمنه أحلا  
مجهولا حتى لو سمي الوقت الذي يسلم اليه فيه المبيع جاز البيع وأما أبو يوسف فانما عليه بالشرط الذي  
لا يقتضيه العقد (قوله ومن أطلق الثمن في البيع) أى أطلقه عن ذكر الصفة بعد ذكر العدد بان قال  
عشرة دراهم مثلا (انصرف الى غالب نقد البلد لانه هو المتعارف فيصرف) المطلق (اليه) فان  
كان اطلاق اسم الدراهم في العرف يختص بهامع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدراهم بالعرف

يشتمل على المبيع المحض  
والتمن المحض وماعدا ذلك  
فهو مترددين كونه مبيعا  
وتما والتميز في اللفظ بدخول  
الباء وعدمه قال (والبيع  
بالتن الحال والمؤجل جائز  
لاطلاق قوله تعالى وأحل  
الله البيع ولما روى (أنه  
صلى الله عليه وسلم اشترى  
من يهودى طعاما الى أجل  
ورهنه درعه) لكن لا بد  
وأن يكون الاجل معلوما  
لثلا ينفى الى ما يمنع الواجب  
بالعقد وهو التسليم والتسليم  
فربما يطالب البائع في مدة  
قريبة والمشتري يؤخر الى  
بعيدها قال (ومن أطلق  
الثمن كان على غالب نقد  
البلد) ومن أطلق الثمن عن  
ذكر الصفة دون القدر كان

قال اشترت بعشرة دراهم ولم يقل بخاريا أو سمرقنديا وقع العقد على غالب نقد البلد وان كان في البلد الذي  
وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا الا أن يبين أحدها واعلم اني أذكر لك في هذا الموضع الاقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة  
اجمالا ثم أنزلها على متن الكتاب حلاله فاني ما وجدت من الشارحين من تصدى ذلك على ما ينبغي فأقول اذا كان في البلد نقود مختلفة فلما  
أن يكون الاختلاف في المالمية والرواج أو في المالمية دون الرواج أو في الرواج دون المالمية أو لا يكون في شئ منهما بل في مجرّد الاسم  
كالمصرى والدمشقي مثلا فان كان الاول جازا لبيع وانصرف الى الاروج وان كان الثاني لا يجوز لان الجهالة في المنازعة توقعهما في  
المنازعة المانعة من التسليم والتسليم وان كان الثالث يجوز ويصرف الى الاروج فتحري بالجواز وان كان الرابع فكذلك لان الجهالة  
ايست موقعة في المنازعة المانعة من التسليم والتسليم واذا عرف هذا فقولوه

(قوله وقوله ابتداء احتراز عن المستأجر الخ) أقول ويجوز أن يكون احتراز عن الثمن (قوله والتمن ما يقابل) أقول أى يقابل ما يحل  
العقد بأن يذكر حين العقد في مقابلته (قوله وأقول الاعيان ثلاثة الخ) أقول ولعل وجه العدول كما ذكره استلزامه فقد لا يبيع في  
بيع النقدين وقد كان الثمن في المقايضة بخلاف ما اختاره

(فإن كانت النقود مختلفة) يعني في المالية كالذهب المصري والمغربي فإن المصري أفضل في المالية من المغربي إذا فرض استواءهما في الرواج (فالبائع فاسد) لأن الجهة المفضلة إلى المنازعة إشارة إلى القسم الثاني الآن ترتفع الجهة التي يبين أحدهما خفيئاً يجوز وقوله (أو يكون أحدهما أغلب وأروح خفيئاً يصرف البائع إليه نحو بالجواز) إشارة إلى القسم الأول أو إلى القسم الثالث لأن كون أحدهما أروح أهم من أن يكون مع اختلاف في المالية أو مع استواء البائع جاز فيها وقوله (وهذا) أي فساد البائع إذا كانت مختلفة في المالية يعني مع الاستواء في الرواج إشارة إلى القسم الثاني أعاده للتمثيل بقوله كالثنائي وهو ما يكون الاثنان منه دانقاً والثلاثي وهو ما يكون الثلاثة منه دانقاً والنصري اليوم يسهر فقد فانه بمنزلة الناصري (٨٥) يضاري والاختلاف بين العدالي

بشرائه وغناه وفقهه ما وراء  
النهر يسمون الدرهم عدلياً  
وكل هذا يختلف في المالية  
مع التساوي في الرواج  
وقوله (فإن كانت سواء  
فيها) أي في المالية يعني مع  
الاستواء في الرواج إشارة  
إلى القسم الرابع وجزاء  
الشرط قوله (جاز البائع  
إذا أطلق اسم الدراهم  
كذا قالوا) أي المتأخرون  
من المشايخ (وينصرف) اسم  
الدراهم (إلى ما قدر به) من  
المقدار كعشرة ونحوها  
(من أي نوع كان) من غير  
تقييد بنوع معين لأنه  
لامنازعة لاستواءهما في  
الرواج (ولا اختلاف في  
المالية) وظاهر من هذا  
تعميد كلام الشيخ رحمه  
الله فانه فصل بين قوله إذا  
كانت مختلفة في المالية  
ومشاله وهو قوله كالثنائي  
بالشرط وهو قوله فإن  
كانت سواء وفصل بين  
الشرط هذا وبين جزائه

(فإن كانت النقود مختلفة فالبائع فاسد الآن يبين أحدهما) وهذا إذا كان الكل في الرواج سواء لأن الجهة المفضلة إلى المنازعة الآن ترتفع الجهة التي يبين أحدهما أغلب وأروح خفيئاً يصرف إليه نحو بالجواز وهذا إذا كانت مختلفة في المالية فإن كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصري اليوم يسهر فقد والاختلاف بين العدالي بفرضه جاز البائع إذا أطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف إلى ما قدر به من أي نوع كان لأنه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلاً)

القول وهو من أفراد ترك الحقيقة بدلالة العرف وإن كان التعامل بهم في الغالب كان من تركها بدلالة العادة وكل منهما واجب نحو بالجواز وعدم إهدار كلام العاقل (فإن كانت النقود مختلفة) المالية كالذهب الأشرفي والناصرى عصر لكتنها في الرواج سواء (فالبائع فاسد) لعدم إمكان الصرف إلى أحدها بعينه دون الآخر لما فيه من التصكم عند التساوي في الرواج وإذا لم يكن الصرف إلى أحدها والحالة أنها متفاوتة المالية جاءت الجهة المفضلة إلى المنازعة لأن المشتري يريد دفع الانقص المالية والبائع يريد دفع الأعلى فيفسد البائع الآن ترتفع الجهة التي يبين أحدهما في المجلس ويرضى الآخر لارتفاع المفسد قبل تقريره وصار كقول الدائن لديونه يعني هذا الثوب ببعض العشرة التي على عليك ويعني هذا الآخر بباقي العشرة فقال نعم كان محتملاً لعدم إفضاء جهة المال الأول إلى المنازعة بضم المبيع الثاني إليه أذ به يصير منهما عشرة وهذا محمول على قبول الدائن بعد قول المدينون نعم ونحوه وإن كانت مختلفة في المالية والرواج معاً فالبائع صحيح ويصرف إلى الأرواح للوجه الذي تقدم من وجوب العمل بالعرف والعادة وكذا إذا كانت متساوية المالية والرواج يصح البيع ويؤدي من أي شيء لأنه لا فضل لأحدها فلو طلب البائع أحدها بعينه كان للمشتري أن يعطيه من الصنف الآخر لأن الامتناع عن قبض ما أعطاه المشتري مع أنه لا فضل للآخر عليه ليس فيه إلا التعنت وبهذا قلنا الدراهم والدنانير لا تعين حتى لو أراه درهمها اشتري به فباعه ثم حبسه وأعطاه درهمها آخر جاز يعني إذا كانا متعدي المالية والثلاثي اسم الدراهم كانت ببلادهم مختلفة المالية وكذا الركني والخليفة في الذهب كان الخليفة أفضل مالية عندهم والعدالي اسم الدراهم (قوله ويجوز بيع الطعام) وهي الحنطة وديقها خامسة في العرف الماضي كما يدل عليه حديث الفطرة كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعاً من طعام أو صاعاً من شعير فقوله (والحبوب) عطف العام على الخاص أو يقدر وكذا باقي أي وباقي الحبوب فلا يتناول الطعام (مكايلاً) أي بشرط عددهم الكيل والافق في اللغة

وهو قوله جاز البائع بقوله كالثنائي إلى قوله جاز ولا يستقيم أن يجعل قوله كالثنائي الخ متعلقاً بقوله فإن كانت سواء لأن ما كان اثنان منه دانقاً والثلاثة منه دانقاً لا يكونان في المالية سواء لكن يمكن أن يكونا في الرواج سواء هذا ما سنخلى في حل هذا الموضع والله أعلم قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلاً)

قال المصنف (والاختلاف بين العدالي الخ) أقول والظاهر أنه جملة معترضة لبيان مكان يوجد فيه الاختلاف بين النقود في المالية أن يثبت اختلافها فيها (قوله وظاهر من هذا تعيد كلام الشيخ إلى قوله هذا ما سنخلى في حل هذا الموضع) أقول فيه بحث فإن اسم الدراهم إنما يطلق على اثنين من الثنائي وثلاثة من الثلاثي كما صرحوا خفيئاً يظهر استواءهما في المالية وأنه ليس في كلام الشيخ تعيد فليتامل



المرايا الطعام الخطة ودقة بها لانه يقع عليه ما عرفا وسبأني في الركاة وبالحيوب غيرهما كالعديس والحصى وأمثالهما كل ذلك اذا بيع مكايلا بمأز العقد سواء كان البيع بجنسه أو بخلافه واذا بيع (بمجازفة) فإن كان شيئا لا يدخل تحت الكيل فكذلك وإن كان مما يدخل تحته لا يجوز الا (بمخلاف جنسه) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم لا يقال لادلالة في الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لانه مفهوما من الشرط وهو ليس بحجة لان الدليل على ذلك صدر الحديث ولان الجهة المانعة اذا منعت التسليم وهذه الجهة لا تمنع مائة فصار كما اذا باع شيئا لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم بخلاف ما اذا باع بجنسه بمجازفة لما فيه من احتمال الربا قال (ويجوز) بانه بيعه اذا باع الطعام أو الحبوب (بانه بيعه) أو وزن حجر بعينه لا يعرف مقداره مما جاز لان الجهة المانعة ما تنفي الى المنازعة وهذه ليست كذلك لان التسليم في البيع (٨٦) متجمل فيقدر علالا كل منهما من الاناء والحجر قبل التسليم وقبل بشكل على هذا

وما اذا باع أحد العبيد الاربعين على ان المشتري بالخيار ثلاثة أيام بأخذ أيهم شاء ويرد الباقي أو اشترى بأي عن شاء فان الجهة لم تنقض الى المنازعة والبيع باطل وليس بوارد لاننا ان الجهة المفضية الى النزاع مفسدة للعقد وهذا لا نزاع فيه ولم نقل ان كل ما هو باطل لا بد وان يكون للجهة فيجوز ان يكون البيع باطلا بمعنى آخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الاولى ولعدم الثمن في الثانية وروى عن أبي يوسف ان الجواز فيما اذا كان المكيل لا يتكسب بالكبس كالفصعة ونحوها أما اذا كان مما يتكسب كالزئيل ونحوه فانه لا يجوز بمخلاف السلم فانه لا يجوز بانه مجهول القدر وان كان معيناً وكذا الحجر لان التسليم فيه متأخر والهلال ليس بنادر قبله فتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة في رواية الحسن بن زياد ان البيع أيضا لا يجوز كالسلم لان البيع في المكيلات والموزونات إما ان يكون بمجازفة أو بذكر القدر في المجازفة المعقود عليه هو ما يشاز اليه ولا معتبر بالمعيار وفي غيرها المعقود عليه هو ما يسمى من القدر ولم يوجد شيء منه ما فان الفرض عدم المجازفة والمكيل اذا لم يكن معلوما لم يسمى شيء من القدر (قوله وان كان مما يدخل تحته الى قوله لا يقال لادلالة الحديث على المنع الخ) أقول أنت خبير بان اراد الحديث ليس للدلالة على المنع بل للدلالة على الجواز اذا بيع بمخلاف جنسه وأما الدليل على المنع فهو قوله لما فيه من احتمال الربا تأمل يظهر لك سوء ترتيب الشارح في تقرير الكلام مخالفا لما اختاره المصنف من النظام (قوله وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الاولى الخ) أقول اذا كان غير معين يكون مجهولا وسبب ان الفساد فيه للجهة

ما اذا باع أحد العبيد الاربعين على ان المشتري بالخيار ثلاثة أيام بأخذ أيهم شاء ويرد الباقي أو اشترى بأي عن شاء فان الجهة لم تنقض الى المنازعة والبيع باطل وليس بوارد لاننا ان الجهة المفضية الى النزاع مفسدة للعقد وهذا لا نزاع فيه ولم نقل ان كل ما هو باطل لا بد وان يكون للجهة فيجوز ان يكون البيع باطلا بمعنى آخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الاولى ولعدم الثمن في الثانية وروى عن أبي يوسف ان الجواز فيما اذا كان المكيل لا يتكسب بالكبس كالفصعة ونحوها أما اذا كان مما يتكسب كالزئيل ونحوه فانه لا يجوز بمخلاف السلم فانه لا يجوز بانه مجهول القدر وان كان معيناً وكذا الحجر لان التسليم فيه متأخر والهلال ليس

بنادر قبله فتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة في رواية الحسن بن زياد ان البيع أيضا لا يجوز كالسلم لان البيع في المكيلات والموزونات إما ان يكون بمجازفة أو بذكر القدر في المجازفة المعقود عليه هو ما يشاز اليه ولا معتبر بالمعيار وفي غيرها المعقود عليه هو ما يسمى من القدر ولم يوجد شيء منه ما فان الفرض عدم المجازفة والمكيل اذا لم يكن معلوما لم يسمى شيء من القدر (قوله وان كان مما يدخل تحته الى قوله لا يقال لادلالة الحديث على المنع الخ) أقول أنت خبير بان اراد الحديث ليس للدلالة على المنع بل للدلالة على الجواز اذا بيع بمخلاف جنسه وأما الدليل على المنع فهو قوله لما فيه من احتمال الربا تأمل يظهر لك سوء ترتيب الشارح في تقرير الكلام مخالفا لما اختاره المصنف من النظام (قوله وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الاولى الخ) أقول اذا كان غير معين يكون مجهولا وسبب ان الفساد فيه للجهة

يؤديه في منزله وعن أبي يوسف إذا ملاه هاتم تراصيا جاز كما قالوا لو باع الحطب ونحوه أحمالا لا يجوز ولو سله  
على الدابة ثم باعه الجمل جاز لتعين قدر المبيع في الثاني وفي الخلاصة اشترى كذا كذا قربة من ماء الفرات  
جاز استحسانا إذا كانت القربة معينة وعن أبي يوسف أيضا يجوز في القرب مطلقا وفي المحيط بيع الماء في  
الحاضر والابرار لا يجوز الا إذا حمله في وعاء ووجهه في المدسوط مسألة الكتاب بأن في المعين مجازفة يجوز  
في كمال غير معروف أولى وفيه نظر فإن في المجازفة الاشارة الى عين المبيع بآنية تفيد الا حاطة بقدر حرمة  
وأقطاره ومثل هذا التمييز لا يحصل لها في كيل غير معلوم قبل أن يصب فالأولوية منتفية بلا شك والوجه  
يقضي أن ثبت الخيار إذا كاله أو وزن المشتري كما في الشراء بوزن هذا الحجر ذهبانص في جمع النوازل  
على أن فيه الخيار إذا علم به ومعلوم أن ذلك بالوزن وفي جمع التفاريق عن محمد رحمه الله جواز الشراء بوزن  
هذا الحجر وفيه الخيار وينبغي أن يكون هذا محمل الرواية عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا كما  
لا يجوز في السلم فقوله لا يجوز أي لا يلزم قال المصنف (والاول اصح) أي من جهة الرواية (وأظهر) أي من  
حيث الوجه المذكور في الكتاب وحاصله أن الجهالة وإن كانت ثابتة لكنها لا تنفي الى المنازعة وهي  
المنازعة وذلك لانه يتعجل في ندره لانه بخلاف السلم لا يتعجل فقدم ذلك الكيل والخبر في عذر تسليم  
المسلم فيه ولا يخفى أن هذا الوجه لا ينفي ثبوت الخيار وأقرب الامور الى ما نحن فيه قول أبي حنيفة في  
المسألة التي تلي هذه وهي ما إذا باع صبرة كل قفيز بدينهم أنه إذا كان في المجلس حتى عرف المقدار صح  
ويثبت الخيار للمشتري كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع مع أن الفرض انه رأى الصبرة قبل الكيل ووقعت  
الاشارة اليها لكن هذه الرواية أتم وصار كما إذا رأى الدهن في قارورة زجاج فانه ثبت الخيار بعد صبه هذا  
وقد روي عن أبي يوسف اشتراط كون ما يوزن به لا يحتمل النقصان حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة  
ونحوها لانها تنقص بالحفاف وعول بعضهم على ذلك وليس بشئ فان البيع بوزن حجر بعينه لا يصح الا  
بشرط تعجيل السلم ولا حفاف يوجب نقصا في ذلك الزمان وما قد يعرض من تأخره يوما أو يومين ممنوع  
بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الاسلام في وزن ذلك الحجر خشية الهلاك في عذر التسليم وتقع المنازعة المانعة  
منه والفرض ان أقل مدة السلم ثلاثة أيام ولا شك أن تأخر التسليم فيه الى مجلس آخر يفضي الى المنازعة  
لان هلاكه إن ندرقا لاختلاف في أنه هو أو غيره والتهمة فيه ليس بنادر وكل العبارات تفيد تفيد صحة  
البيع في ذلك بالتعجيل كما في عبارة المدسوط حيث قال لو اشترى بهذا الاناء يابدا بيد فلا بأس به ثم ان في المعين  
البيع مجازفة يجوز في كمال غير معروف أولى وهذا لان التسليم عقيب البيع الى آخر ما ذكر وتقدم  
النظر في الاولوية هذا أو رد على التعجيل بأن الجهالة لا تنفي الى المنازعة ما إذا باع عبدا من أربعة  
بأخذ المشتري أيهم شاء أو باع بأي عن شاء فالبيع باطل مع أنه لا يفضي الى المنازعة أعجب بان المبتل في  
المورد معنى آخر وهو عدم المبيع والثمن لا الجهالة وكان مقتضاها أنه لا يجوز في عبد من ثلاثة لكن جاز  
على خلاف القياس كما ساقى ولا شك أن القياس ما عن أبي حنيفة في القربة من ماء النهر وانه كبيع الطير  
قبل أن يسطاده كالماء كره من حنطة وليس في ملكه حنطة صرحوا بأنه لا يجوز الا أن يكون سلبا وأما  
الاستحسان الثابت بالتعامل فقتضاء الجواز بعد أن يسمى نوع القربة في دينار بصر اذا لم تكن معينة  
مثل قربة كفاية أو سقاية أو روائية كبيرة ثم بعد ذلك التفاوت يسيرا هدر في الماء ونظير ما نحن فيه  
ما إذا باع حنطة مجموعة في بيت أو مطمورة في الارض والمشتري لا يعلم مبلغها ولا منتهى حفر الحفيرة ان  
له الخيار اذا علم ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء ترك وان كان يعلم منتهى المطمورة ولا يعلم مبلغ  
الحنطة جاز ولا خيارا الا أن يظهر تحتها كان أي صفة ونحوها كذا في فتاوى القاضي وعن أبي جعفر  
باعه من هذه الحنطة قدر ما عيلا هذا الطشت جاز ولو باعه قدر ما عيلا هذا البيت لا يجوز في الفتاوى

(والاول) اصح يعني من حيث  
الدليل فان المعيار المعين  
لم يتمعا بعد عن المجازفة  
(وأظهر) يعني من حيث  
الرواية

ذلك (ومن باع صبرة طعام) إذا قال البائع بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فاما أن يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جلة القفران أو بالكيل في المجلس أو لأن كان الأول فابيع جائز والمبيع جلة ما فيه من القفران وإن كان الثاني فالبيع قفيز واحد عند أي حنيفة رجحه في جلة القفران كالأول عندها (٨٨) لا يحنيفة أن صرف اللفظ إلى الكل معذور بل هوالة المبيع والثمن جهالة تنسب إلى المنازعة

قال (ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جازا البيع في قفيز واحد عند أي حنيفة إلا أن يسمى جلة القفران أو لا يسمى جلة القفران أو لا يميز في الوجهين) له أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف إلى الأقل وهو معاروم إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفران أو بالكيل في المجلس وصار هذا كالأول وقال افلان على كل درهم فعليه درهم واحد بالاجماع

بعت منك مالى في هذه الدار من الرقيق والدواب والياب والمشتري لا يعلم ما فيه وقاسد لجهالة المبيع وز قال ما في هذا البيت جاز وإن لم يعلم به لأن الجهالة يسيرة وإذا جاز في البيت جاز في الصندوق والجواري وز قال بعت منك نصيبى من هذه الدار فشرط الجواز علم المشتري بنصيبه دون علم البائع وتصدقى البائع فيما يقول ولو اشترى موز ونا بانه على أن يفرغه ويزن الا انه فيحفظ قدر وزنه من الثمن جاز وكما تنفع الجهالة السابقة كذلك تمنع اللاحقة قبل التسليم فلذا اختلفوا فيما إذا باع الجدة السكاك في الجمدة قبل لا يجوز حتى يسلّم أو لا يتم بيع والاصح جوازه مطلقا وهو اختيار الفقيه أبى جعفر إذا سلم قبل ثلاثة أيام ولو سلم بعدها لا يجوز لانها تدوب في كل ساعة وهو وجه من منع قبل التسليم غير أن النقص قليل قبل الايام الثلاثة غير معتبر فلهذا أخذوا جاز وقيل انه يختلف باختلاف الصيف والشتاء وغلا الجدة ورخصه فينظر الى ما بعده الناس كثيرا بحسب الاوقات فيجوز اذا سلمه قبل وسيأتى من هذا الباب شئ في خيار الرؤية ان شاء الله تعالى (قوله ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جازا البيع في قفيز واحد عند أي حنيفة رجحه الله) يعنى أن موجب هذا اللفظ والاشارة ايجاب البيع في واحد عنده ويتوقف في الباقي الى تسمية الكل في المجلس أو كيله فيه فيثبت حينئذ على وجه يكون الخيار للمشتري فان رضى هل يلزم البيع على البائع وإن لم يرض أو يتوقف على قبوله أيضا روى أبو يوسف عن أبى حنيفة أنه لا يجوز الا براضهما وروى محمد خلافه حتى لو فسخ البائع البيع بعد الكيل ورضى المشتري بأخذ الكل لا يعمل فسخه وقال أبو يوسف ومحمد صح البيع في الكل وهو قول الأئمة الثلاثة ثم إذا جاز في قفيز واحد للمشتري فيه الخيار اتفرق الصفقة عليه دون البائع لأن التفرق جاء من قبله بسبب عدم تسميته جلة القفران (له أنه تعذر صرف البيع إلى الكل لجهالة المبيع والثمن) ولا جهالة في القفيز لزم فيه وإذا زالت بالتسمية أو بالكيل في المجلس ثبت الخيار كما إذا ارتفعت بعد العقد بالرؤية إذا المؤثر في الأصل ارتفاع الجهالة بعد لفظ العقد وكونه بالرؤية ملغى بخلاف ما إذا علم ذلك بعد المجلس لتقرر المفسد وما في المحيط عن بعض المشايخ ان عنده يصح في الكل وإن علم بعد المجلس بعيد لان ما في المجلس كالتاب في صلب العقد بخلاف ما بعده ولا يلزم اسقاط خيار أربعة أيام بعد المجلس وكذا زال الجهالة لأجل المجهول بعده حيث يجوز العقد زوال المفسد بعد المجلس لان المفسد فيه ما لم يتمكن في صلب العقد ولا يتقيد برفع المفسد بالمجلس وهذا لأن أثر الفساد فيه - ما لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الاجل وأما ما أورد من أن الجهالة وإن كانت ثابتة لكم لا تقضى إلى المنازعة لأن بعد العلم بأن كل قفيز بدرهم لا يتفاوت الحال بين كون القفران كثيرا أو قليلا فجوابه ان المفسد هنا جهالة الثمن كمية خاصة وقد راعى عدم الاشارة ولا معرف شرعاً غير ذلك وأما الجواب عن كونها غير مفضية إلى المنازعة لأن البائع قد يطالب المشتري بتسليمه الثمن وهو لا يقدر على ذلك لعدم معرفة قدره فيتنازعان فتهاوت ظاهر لانه لا يتصور أن يطالبه إلا بعد أن

لأن البائع يطلب تسليم الثمن أو لا ولا الثمن غير معاروم فيتبع النزاع وإذا تعذر الصرف إلى الكل يصرّف إلى الأقل وعندهم يلزم إلا أن تزول الجهالة في المجلس بأحد الأمرين المذكورين فيجوز لأن ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم فإن قيل سلّمنا انعقاد فاسدا لكن ينقلب جائزا كما إذا كان فاسدا بحكم أجل مجهول أو شرط الخيار أربعة أيام أوجب بان الفساد في صلب العقد قوى يمنع من الانقلاب ويقيد بالمجلس وما ذكرتم فالفساد فيه ليس في صلب العقد بل لمر عارض فلا يتقيد بالمجلس لضعفه لظهور أثره في اليوم الرابع وبامتداد الاجل

(قوله لا يحنيفة إلى قوله جهالة تقضى إلى المنازعة) أقول ولعل الأولى أن يقول جهالة تقضى إلى امتناع تسليم الثمن الواجب بالعقد (قوله لأن البائع يطلب تسليم الثمن أو لا الخ) أقول هذا غير معقول (قوله إلا أن تزول الجهالة الخ) أقول تأمل في هذا الاستثناء (قوله فإن قيل سلّمنا انعقاد

فاسدا لكن ينقلب جائزا) أقول بلا تقيد بالمجلس (قوله كما إذا كان فاسدا بحكم أجل مجهول الخ) أقول كان يبيع إلى التبرؤ والنهر جان وقدوم الحاج ثم أسقطا الاجل قبل حلوله وسحبى تفصيله في أواخر البيع الفاسد (قوله أوجب بان الفساد في صلب العقد قوى الخ) أقول يراد أن يقال إذا كان الفساد في صلب العقد ينبغي أن لا يرتفع أصلا كما في بيع الدرهم بالدرهمين واسقاط الدرهم الزائد ويجوز أن يقال بأن الفساد هنا محل الخلاف فضعف بخلافه

(وله ما ان هذه جهالة ازالها في أيديهم ما وما كان كذلك فهو غير مانع) أما ان ازالها بأيديهم ما فلا تنهاترفع بكيل كل منهما وقيد بقوله بيدهما احسن ازا عن البيع بالرقم فانه لا يجوز لان ازالها بما يد البائع ان كان هو الراقم أو بيد الغير ان كان الراقم غيره وعلى كل حال فالمشتري لا يندرج في ازالها وأما ان كل ما هو كذلك فهو غير مانع فكذلك اذا باع عبدا من عبد بن علي ان المشتري بالخيار وأجيب لابي حنيفة ان القياس فيه الفساد أيضا لاننا يجوزناه استحسانا بالنص ومعناه انه في مذهبنا ما ورد به النص على ماسيأتي فيكون ثابتا بدلالة النص والاستحسان لا يتعدى الى غيره. ولهذا لم يجوزناه أبو حنيفة فيما نحن فيه قياسا واستحسانا ثم اذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة كان للمشتري الخيار لتفريق الصفقة عليه دون البائع لان التفريق وان كان في حقه أيضا لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جلة القفران فكان راضيا به. وهذا صحيح اذا علمنا ان لم يسم وأما اذا لم يعلم به فالوجه انه نزل منزلة من باع مالم ير له ما يأتي فلا خيار له وفيه بحث أما أولا فلا ننفق في الصفقة لو استأنم الخيار لا طرد. وليس كذلك فانه اذا باع الرجلان عبدا مشتركا بألف ثم اشترى أحدهما الكل بخمس مائة قبل نقد الثمن فانه يجوز في نصيبه ولا يجوز في نصيبه. ولا خيار له فهنا تفرقت الصفقة ولم يوجد الخيار وأما ثانيا فلا نقياس قول أبي حنيفة أن لا خيار للمشتري لزوم انصراف البيع الى الواحد لعله كالأشترى قناع مع مدبر فانه لا خيار له في القن لعله ان البيع ينصرف اليه. والحاصل ان الخيار يوجب التفريق والتفريق انما يتحقق ان لو كان العقد واردا على الكل والمشتري يقبل البعض وليس كذلك فهنا على قول أبي حنيفة والجواب عن الاول اننا لا نعلم تفريق الصفقة لان الشرع لم يقع على الكل حتى يكون صرفه الى البعض تفريقا وانما وقع على نصيب شرى بك لا غير لان في وقوعه على نصيبه يلزم شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وانه لا يجوز فصار كمن اشترى قناعا ومدبره فان البيع ينصرف الى القن فقط لان المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن وعن الثاني بان انصراف البيع الى قفيز واحد مجتهد فيه والعوام لا علم لهم بأحكام المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة (٨٩) على قولهما وان لم يلزم على قول أبي حنيفة وهذا ضعيف لان قولهما

وله ما ان الجهالة بيدهما ازالها ومثلها غير مانع وكما اذا باع عبدا من عبد بن علي أن المشتري بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة فلا خيار للمشتري لتفريق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس أو سمي جلة قفرانهم الا انه علم ذلك الا نفعه الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع

بكيه ليعرف القدر الذي يطالب به اذا يمكن أن يطالبه الابكية خاصة مشار اليها أو مضبوطة الوزن وحينئذ يعلم المشتري فيقدر على التسليم ولو امتنع بعد هذا التقدير كان مطالبا للمنازعة المفسدة (ولهما أن هذه جهالة بيدهما ازالها) بان يكيل في المجلس والجهالة التي هي كذلك لا تنقض الى المنازعة كبيع عبدا من عبدين أو ثلاثة على أن المشتري بالخيار يأخذ أيهم ماشاء وقد أورد عليه نقض اجمالى لو صح ما ذكر من أن الجهالة التي بيدهما ازالها غير مانعة من الصحة لزوم صحة البيع بالرقم عندهما وأنه يجوز

ان الكل مبيع فن أين التفريق والاولى أن يقال قياس قول أبي حنيفة تفريق الصفقة لان الصيغة موضوعة للكثرة وقصد ههنا أيضا الكثرة ومائة مانع شرعي عن الصرف الى الجميع ولهذا لو علم المقدار في المجلس جاز

(١٣ - فتح القدير خامس) والصرف الى الاقل باعتبار تعدد الكل للجهالة صرف للعقد الى بعض ما دل عليه اللفظ من المبيع وقصد العاقدان وليس تفريق الصفقة الا ذلك بقي أن يقال فكان الواجب أن يثبت الخيار للعاقدين جميعا وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه (قوله وكذا اذا كيل في المجلس أو سمي جميع قفرانهم) يعني كان للمشتري الخيار لكن لا بذلك التعليل بل بما قال لانه علم ذلك الآن فرعا كان في حدسه أو ظنه ان الصبرة تأتي بمقدار ما يحتاج اليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابل ولا يتمكن من أخذ الزائد مجانا وفي تركه تفريق الصفقة على البائع أو نقصت فيحتاج أن يشتري من مكان آخر وهل يوافق أو لا فصار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع وهكذا في الموزونات والمعدودات المتقاربة

(قوله لان التفريق وان كان في حقه أيضا لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جلة القفران وكان راضيا به وهذا صحيح اذا علمنا ان لم يسم الخ) أقول وعندى أن محجى التفريق من قبله بالامتناع عن التسمية بم صورة عدم علمه بمثلما فانه كان يمكنه أن يزيل ذلك الجهل بطريق ثم يشرع في البيع حيث لم يفعل ذلك ولم يسم كان راضيا بما وجبه فتمام (قوله فالوجه انه نزل منزلة من باع مالم ير له ما يأتي فلا خيار له) أقول ان أرادانه لا خيار له مطلقا ولو اذا تفرقت الصفقة عليه فليس كذلك وان أرادانه ليس له خيار الرؤية فسلم وما نحن فيه ايس كذلك بل الخيار بتفريق الصفقة ثم الاولى تأخير قوله لما يأتي عن قوله فلا خيار له فليتأمل (قوله وعن الثاني بان انصراف البيع الى قفيز واحد مجتهد فيه الخ) أقول قيل الانصراف الى نصيب الشرى فيما سبق مجتهد فيه أيضا ولهذا لا يشيع الفساد على ماسيجي في باب البيع الفاسد في الفرق (قوله وهذا ضعيف لأن قولهما ان الكل مبيع فن أين التفريق) أقول فيه انه يجوز أن يكون مراد المحجب انهما بقصد ان كون الكل مبيعا على مذهبهما والقاضى يحكم مذهب أبي حنيفة فتفريق الصفقة عليهم ما قلنا مبل (قوله ومائة مانع شرعي عن الصرف الى الجميع الخ) أقول فيه بحث فان الجهالة مانعة كما اعترف به (قوله وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه) أقول وقد تقدم ما في الجواب الذي اختاروه أيضا

وأما إذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالبيع عند أبي حنيفة رجه الله في الجميع فاسد وقياس قوله الصرف إلى الواحد كما في المكيلات إلا أن التفاوت بين الشياه موجود وفي ذلك جهالة تقضى إلى المنازعة بخلاف المكيلات وحكم المذروعات إذا بيعت مزارعة حكم الغنم إذا لم يبين جلة الذرعان وجلة الثمن وأما إذا يئتم ما أو أحدهما كما إذا قال بعثك هذا الثوب وهو عشرة أذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم أو قال بعثك هذا الثوب وهو عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أو قال بعثك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فصحح أما الأولى فظاهرة وأما الثانية فلان المعقود عليه معلوم وجلة الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان الثوب وأما الثالثة فسلانه لما سمي لكل ذراع درهما وبين جلة الثمن صار جميع الذرعان معلوما وكذا كل معدود متفاوت كالخشب والاولى وأما عندهما فهو جائز في الكل لما قلنا

(قوله فهو جائز في الكل لما قلنا) أقول من إن إزالة الجهالة بيدهما

قال (ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة وكذلك من باع ثوبا مزارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جلة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف إلى الواحد) لما يذاع أن بيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تقضى الجهالة إلى المنازعة فيه وتقضى إليها في الأول فوضح الفرق بين عبد من أربعة على أن المشتري يخير في تعيينه وإن يجوز البيع بأي ثمن شاء لكن البيع في الكل باطل أوجب بأن البيع بالرقم تحكت الجهالة به في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصار غنم القمار للخطر الذي فيه أنه سيظهر كذا وكذا وجوز ما إذا علم في المجلس بعقد آخر هو التعاطي كما قاله الجوالي بخلاف ما نحن فيه لانه كما يعلم بكيل البائع يعلم بكيل المشتري ومثل هذا القول البيع بأي ثمن شاء ومثله في أحد العبيد الأربعة في جانب المبيع فإن البيع لا ينعقد في غير معين فكان بيعا بلا مبيع وكان مقتضى هذا أن لا يجوز في عيدين ثلاثة إلا أنه يثبت بدلالة نص شرط الخيار ثلاثة أيام ولا يخفى أن كل أحوبة هذه النقوض تصلح أدلة لأبي حنيفة فإنها تضمنت تسليم أن الجهالة وإن كانت بيدهما إزالتهما بعد كونها في صلب العقد وهي أن تكون في الثمن كالمبيع بالرقم وبأي ثمن شاء أو في المبيع كبيع عبد من أربعة فتعجز حواز البيع وجهالة الثمن على وجه شبه القمار وعدم العلم به مع إمكان إزالتهما بآب في محل النزاع إذ جاز أن يظهر كونه مائة أو خمسين أو بكيل أحدهما وكون ذلك بكيل كل منهما وفي الرقم يظهر بالبائع فقط لا أثر له في دفع منع الحظر والتكهن في صلب العقد وهو المفسد وإذا فسد البيع في عبد من أربعة والجهالة في مضبوط لا تحصرها في احتمالات أربعة لا تعداها فلان تفسد في صبرة لا تقف الاحتمالات في خصوص الثمن على كونه أربع إمكانات أو عشرة أو بل ويسجل عليهم ما ييطان قياسهما على بيع عبد من عبيدين إذ ظهر من الجواب أنه معدول عن القياس ولذا امتنع في أربعة أعبد وحينئذ تخرج قول أبي حنيفة وظهر أن كون العاقلين بيدهما إزالتهما في صلب العقد من الثمن والمبيع لا يوجب صحة البيع قبل إزالتهما بدلالة الإجماع على عدم الصحة في الصور المذكورة مع إمكان إزالتهما فيها وغايته إذا أزيلت في المجلس وهما على رضاها ثبت بعقد التراضي والمعاطاة لا بعين الأول كما ذكر في الرقم بل ولو ذه الفروع المذكورة أمثال يطول عدها يبطل البيع في الجهالة في الثمن أو المبيع مع إمكان إزالتهما أحده المتعاقدين لها وتأخير صاحب الهداية دليلها مظاهرها في ترجيح قولهما وهو ممنوع وأما ما يحتمل قول أبي حنيفة عليه ما ذكر في المبسوط من أن الأصل عنده أنه متى أضيف كلمة كل إلى ما تعلم نهايته فاعلمنا تناول أدناه لصيانتها عن الانقضاء كالإقرار بأن عليه كل درهم انما يلزمه درهم واحد وكذا الجارة كل شهر بدرهم تلزم في شهر واحد فلا حاجة له هنا لأنه لو منع صحة هذا الأصل كان اثباته بعين ما ذكر في تعليل المسئلة من نبوت الجهالة في المجموع واليقين في الواحد فهو نفسه أصل هذا الأصل **فروع** اشتري طعاما غير جنسه خارج المصرو شرط أن يوفيه في منزل من المصرو فالعقد فاسد لان المشتري يملك بنفس العقد فإذا اشترط لنفسه مفعلة الحل فساد ولو كان في المصرو وشرط أن يحمله إلى منزله فهو فاسد ولو عير بقوله بشرط أن يوفيه في منزله ففي القياس فاسد وهو قول محمد واستحسن أبو حنيفة وأبو يوسف جوازه بالعرف فإن الإنسان يشتري الخطب والشعير على الدابة في المصرو ولا يكثر دابة أخرى يحمله عليها بل البائع هو يحمله بخلافه خارج المصرو وبعض المشايخ لم يفرقوا بين لفظ الحل والابقاء في الاستحسان لان المراد منهما واحد واختار شمس الأئمة الفرقان الإبقاء من مقتضيات العقد فشرطه ملائم بخلاف الحبل (قوله ومن باع قطيع غنم الخ) لما ذكره الصورة السابقة في المشتريات ذكر نظيرها في القيمات فإذا أضاف البيع على الوجه المذكور في الحيوانات بأن قال بعثك هذا القطيع كل شاة بدرهم أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم ولم يبين عدد الغنم ولا الذرعان ولا جلة الثمن فسد في الكل عند أبي حنيفة أما إذا سمي أحدهما فصح



قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انه امائة فقير بمائة درهم فلا يخلو عند الكيل من أن يكون مثل ذلك أو أقل منه أو أكثر فان كان الأول  
فذلك وإن كان الثاني خيرا المشتري بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفة المورجبة لانتفاء البيع بانتفاء الرضا  
وان كان الثالث فالزائد للبائع لان البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكل ما وقع (٩١) على مقدار معين لا يتناول غيره الا اذا

كان وصفا والقدراى القدر

الزائد على المقدار المعين ليس  
بوصف فالبيع لا يتناول  
فكان للبائع لا يجب تسليمه  
الا بصفة على حدة وكذا  
قبض المشتري وكان كل  
من العائدين مختارا فيها ان  
شاء باسرها أو تركها واذا

كان المشتري مذكورا كان

اشترى ثوبا على أنه عشرة

أذرع بعشرة دراهم أو

أرضا على انها مائة ذراع

فوجدها أقل خيرا المشتري

بين أخذ الموجود بجميع

الثمن المسمى وبين تركه لان

الذرع وصف في الثوب

المبيع وكل ما هو وصف في

البيع لا يقابله شيء من الثمن

فالذرع في الثوب لا يقابله

شيء من الثمن اما أنه وصف

فقد بينه بقوله لا ترى أنه

عبارة عن الطول والعرض

وهما من الاعراض وأما

أن الوصف لا يقابله شيء من

الثمن فقد بينه بقوله كطرف

الحيوان فان من اشترى

جارية فأعورت في يد البائع

قبل التسليم لا ينقص من

الثمن شيء فلهذا أي فليكون

الذرع وصفا لا يقابله شيء

من الثمن يأخذ الموجود

بكل الثمن بخلاف الفصل

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انه امائة فقير بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار ان شاء أخذ  
الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع) لتفرق الصفة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود وان  
وجدها أكثر فالزائد للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف (ومن اشترى ثوبا  
على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أرضا على انها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أقل فالمشتري بالخيار  
ان شاء أخذها بحصة من الثمن وان شاء ترك) لان الذرع وصف في الثوب لا يرى أنه عبارة عن الطول  
والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كطرف الحيوان فلهذا يأخذ به كل الثمن بخلاف الفصل  
الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذ به حصته

بالاتفاق العلم بتمام الثمن مطابقة أو التزاما فيما اذا اقتصر على بيان عدد القطيع وعندهما يجوز في الكل  
لما قلنا من أن الجهالة بينهما الزام وعنده ينصرف الى الواحد لما بيننا من جهالة كل الثمن والغاء كون  
ارتفاعها بهدهما غير ان الاحاد هنا متفاوتة فلم ينقسم الثمن على الجلة بالاجزاء فتقع المنازعة في تعيين  
ذلك الواحد ففسد في الكل ولهذا الوباغ شاء أو عشر من مائة شاء أو بطيخة أو عشر من مائة وقر بطيخ كان  
باطلا وأما الجواز فيما اذا عرلها وذهب والبائع ساكت فبالتعاطى على ما قدمنا قال العتاني ان ذلك في  
ثوب يضره التبعض أما في الكرايس فيمنع أن يجوز عنده في ذراع واحد كما في الطعام وعلى هذا الخلاف  
كل معدود متفاوت كحمل بطيخ كل بطيخة بفلس والمان والسفرجل والخشب والاواني والرقيق  
والابل ولو باع نصيبه من هذا الطعام روى الحسن عن أبي حنيفة لا يجوز وان بينه بعد ذلك وكذا في  
الدار وهذا غير الاين بأصله المذكور في الخلاف وفي الخلاصة اشترى العنب كل وقر بكذا والوقر  
عندهم معروف ان كان العنب من جنس واحد يجب أن يجوز في وقر واحد عند أبي حنيفة كما في  
بيع الصبرة كل فقير بدرهم وان كان العنب أجناسا لا يجوز البيع أصلا عند أبي حنيفة كقطع الغنم  
وعندهما يجوز اذا كان جنسا واحدا في كل العنب كل وقر بما قال وكذا اذا كان الجنس مختلفا هكذا  
أورد المصدر الشهيد والفقهاء أبو الليث جعل الجواب بالجواز فيما اذا كان العنب من جنس واحد  
متفقا عليه وان كان من أجناس مختلفة ثم قال الفقيه والفتوى على قوله ما تبسرا لا أمر على  
الناس انتهى وتقريب المصدر الشهيد أوجه (قوله ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة فقير) مثلا  
(بمائة) تعلق العقد على ذلك الكيل المسمى بعينه حتى لو وجدت ناقصة (كان للمشتري الخيار ان شاء  
أخذ الموجود بحصته من الثمن) لان الثمن ينقسم بالاجزاء على أجزاء المبيع المتلى مكبلا أو موزنا (وان  
شاء فسخ البيع لتفرق الصفة) الواحدة (عليه) وكذا الخلاصة في كل مكيل وموزون (وان  
وجدها زائدة فالزائد للبائع لان البيع وقع على مقدار معين) ليس له جهة الوصفية فزاد عليه لم  
يدخل في العقد فيكون للبائع ولو كان المشتري ثوبا أو أرضا على أنه عشرة بعشرة أو مائة ذراع بمائة  
فوجد المبيع أقل فان شاء أخذ الموجود بكل الثمن وان شاء ترك وان وجدها زائدة على العشرة أو المائة  
كان الكل للمشتري (ولو) كان (قال على انها مائة ذراع) مثلا (بمائة) كل ذراع بدرهم فوجدها أقل  
فالمشتري بالخيار ان شاء أخذ الموجود كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفة عليه  
(وان كان) وجدها أكثر فله الخيار ان شاء أخذ الكل كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع وأصل هذا

الاول يعني المكيل لان المقدار ليس بوصف فيقابلة الثمن فلهذا يأخذ به حصته

(قوله وان كان الثاني خيرا المشتري بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفة الخ) أقول قوله لتفرق الخ ينبغي أن  
يكون على الفسخ لا لقوله خيرا لا معنى له وأيضا لا يكون الكلام مطابقا للشروح (قوله لتفرق الصفة عليه) أقول فرق بين التفرق  
والتفريق فلا مخالفة لما سبق قال المصنف (الأي ترى أنه عبارة عن الطول والعرض) أقول الان فيما نحن فيه عبارة عن الطول

(وقال الأئمة يتخير) استثناء من قوله بأخذه بكل الثمن وعلى هذا إذا وجدها أكثر من الذرع الذي سماه كان الزائد المشتري ولا خيار للبائع  
لأنه وصف تابع للبيع لا يقابل شيء من الثمن فصار كما إذا باع عبدا على أنه أعمى فإذا هو بصير وعلم أن هذه المسئلة من أشكل مسائل  
الفقه وقد منع أن يكون الذرع في المذروعات وصفا والاستدلال بقوله لا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض غير مستقيم لأنه كما يجوز أن  
يقال شيء طویل وعريض يقال شيء قليل أو كثير ثم عشرة أقفزة أكثر من تسعة لا محالة فكيف جعل الذراع الزائد وصفا دون القفيز  
وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم في الأصل والوصف واختلفت عباراتهم في ذلك فقال بعضهم ما تعيب بالنقص فالزيادة  
والنقصان فيه وصف وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه أصل وقال بعضهم ما لوجوده تأثير في تقدم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره  
فهو أصل وقيل ما لا ينقص الباقي بقواته فهو أصل وما لا يكون كذلك فهو وصف (٩٣)

الائمه يتخير لقوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا قال (وان وجدها أكثر من  
الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع) لأنه صفة فكان بمنزلة ما إذا باعه معيба فإذا هو سليم  
(ولو قال بعثكها على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم موجدتها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء  
أخذها بمحضها من الثمن وان شاء ترك) لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار أصلا باقراده بذكر  
الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب

ان الذرع في المذروعات وصف لأنه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة أجزاء فان لم يفرق بين  
كان تابعا محضا فلا يقابل شيء من الثمن وذلك فيما إذا قال على أنها مائة بمائة ولم يرد على ذلك وإذا كان  
تابعا محضا في هذه الصورة والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن كطراف الحيوان حتى ان من اشترى جارية  
فاعوزت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شيء من الثمن أو اعوزت عند المشتري جازله أن يرجع على ثمنها  
بلا بيان فعليه تمام الثمن في صورة النقص وانما يتخير لقوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما إذا اشتراه  
على أنه كاتب فوجدته لا يحسن الكتابة وله الزائد في الصورة الزائدة (كما إذا باعه) على أنه معيب  
فوجدته سليما هذا إذا لم يفرق بين الثمن فإن أفرز بالثمن وهو ما إذا قال على أنها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار  
أصلا وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على أنها مائة ثوب كل  
ثوب بدرهم فوجدتها ناقصة يتخير بين أن يأخذ الاثواب الموجودة بمحضها من الثمن وبين أن يقسم الفرق  
الصفة فكذا إذا وجد الذرعان ناقصة في هذه الصورة وهذا لأنه لو أخذها بكل الثمن لم يكن أخذ كل  
ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم تسلم له الزيادة لصيرورته أصلا كما لو لم يسلم له الثوب المفرد فيما إذا زادت  
عدد الثياب على المشروط وان كان بينهما فرق نان عدد الثياب إذا زادت فقد البيع للزوم جهالة المبيع  
لان المنازعة تجري في تعيين الثوب الذي يرد الى البائع بسبب أنه أصل من كل وجه أما هنا فالذراع ليس  
أصلا من كل وجه لفسد قيمته له انبهار بين أن يأخذ الزائد بمحضه وبين أن يقسم لأنه وان صح له  
أخذ الزائد لكنه يضرر بالحقوق وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعد البيع فكان له الخيار وإذا  
ظهر أنهم اعتبروا الطول وصفا نارة وأصلا أخرى ولم يعتبروا القدر في المثليات الأصلاداعا مع أن الطول  
والعرض أيضا يرجع الى القدر ويمكن أن يجعل القدر وصفا احتيج الى الفرق فقل لان المثلي لا تنقص  
قيمته بنقصان القدر فان الصبرة الكثيرة مائة قفيز لو صارت الى قفيزين في القليل لم تنقص قيمة القفيز  
بخلاف الثوب والارض لا ترى أن الثوب الذي عادته عشرة وهو قدر ما يفصل قباء أو فرجة كان بثمن

وهو قسم يب من الثاني  
والمكيل لا يتعيب بالتعيب  
والمذروع يتعيب وعشرة  
أقفزة إذا انتقص منها قفيز  
فالتسعة تشتري بالثمن  
الذي يخصها مع القفيز  
الواحد فيما إذا قال اشترت  
هذه الصبرة بعشرة دراهم  
على أنها عشرة أقفزة وأما  
الذراع الواحد من الثوب  
أو الدار إذا انتقص فان الباقي  
لا يشتري بالثمن الذي كان  
يشترى معه فان الثوب  
العنابي اذن مثلا إذا كان خمس  
عشرة ذراعا فالخمس الزائدة  
على العشرة تزيد في قيمة  
الخمس وفي قيمة العشرة  
أيضا وإذا عرف هذا عرف  
أن القلة والكثرة من حيث  
الكيل أو الوزن أصل  
ومن حيث الذرع وصف  
وهو اصطلاح يقع على ما هو  
المتعارف بين التجار فان  
قبل سلما ان الذرع وصف  
ليكن لا نسلم ان الاوصاف  
لا يقابلها شيء من الثمن فان

المبيع المعيب اذا امتنع ردد يرجع المشتري بنقصان العيب كن اشترى عبدا أو أعتقه أو مات ثم اطاع على  
نقصان أصبح يرجع على بائعه بالنقصان وكال الاصابع وحصف فيه لا دخوله تحت حد الوصف المذكور أجيب بأن كلامنا في الوصف  
لا في الوصف المقصود بالتناول فانه اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة كما اذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التماسيم أو حكا كما اذا امتنع الرد  
لحق البائع كما اذا تعيب المبيع عند المشتري أو لحق الشروع بأن كان ثوبا فاطاعه المشتري ثم اطاع على عيب أخذ شيئا بالاصل فأخذ قسما  
من الثمن ولو قال بعثكها يعني الثياب أو المذروعات كذا في النهاية وفيه نظر لان المبيع ان كان ثيابا لم تكن هذه المسئلة والاولى ان يقال  
يعني الارض فإذا باعها على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فان وجدت ناقصة أخذها المشتري بمحضها من الثمن أو تركه لان  
الوصف وان كان تابعا لكنه صار أصلا باقراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع بمنزلة ثوب

وهذا معنى قولهم ان الوصف يقابل شي من الثمن اذا كان متصوفا بالتناول وهذا أي أخذها بمحض ثمن الثمن انما هو لا يدرأ أخذها بجميع الثمن لم يكن المشتري أخذها كل ذراع بدرهم وعلم يبيع الا بشرط أن يكون كل ذراع بدرهم لان كلمة على تأتي بشرط كما عرفنا موضعه ونوقض بالمسئلة الاولى لان الذراع لم يكن أن يكون أصلا بل ذكر الثمن كان أصلا في المسئلة الاولى أيضا لأنه ذكر عشرة دراهم في مقابلته عشرة أذرع ومقابلته الجملية بالجملة تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد وأجيب بأن الذراع أصل من وجه من حيث أنه من أجزائه العين التي هي مبيعة كالتميز ووصف من وجه من حيث أنه لا يقابل شي من الثمن كالجمال والكتابة ثم لرجعنا عشرة أذرع منتسبة على الأفراد عند ذكر كل ذراع لزم الغاء جهة الوصفية من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالاصلية عند ذكره عملا بالنسبة وفيه نظر لان قوله من حيث أنه لا يقابل شي من الثمن معادل للوصفية فلا يكون عليه والاولى أن يقال اذا لم يرد كل ذراع بالذكر كان كون كل ذراع مبيعا عنده ولا معتبرا بذلك لما ذكرنا ان الوصف يصير أصلا اذا كان مقصودا بالتناول وان وجدته زائدة أخذ المشتري الجميع كل ذراع بدرهم أو فسخ أما خيار النسخ فلانه ان حصل له الزيادة في الذرع لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر فكان في معنى خيار الرؤية في دفع الضرر فختار وأما لزوم الزيادة فلما بينا أنه صار أصلا مشروطا ولو لم يأخذه بالقل لم يكن أخذنا بالمشروط وفيه بحث من وجهين أما الاول فهو ان كل ذراع ان كان بمنزلة ثوب على حدة (٩٣) فسد البيع اذا وجدها أكثر أو أقل كما لو كان العقد واردا على ثوب عشرة وقد وجدت أحد عشر أو تسعة على ماسياني وأما الثاني فهو ان الذراع لو كان أصلا بافراد ذكر الثمن امتنع دخول الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة على انهم عشرة أفقره فإذا هي أحد عشر فان الزيادة لا تدخل الا بصفقة على حدة وقد تقدم وههنا دخلت في تلك الصفقة والجواب عن الاول ان الآثاب مختلفة فتكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضي الى المنازعة والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك وعن

وهذا لانه لو أخذ بكل الثمن لم يكن أخذ لكل ذراع بدرهم (وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع) لانه ان حصل له الزيادة في الذرع لزمه زيادة الثمن فكان نفسه يشوبه ضرر فختار وانما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلا ولو أخذ بالقل لم يكن أخذ بالمشروط قال (ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالببيع فاسد عند أبي حنيفة وقالوا هو جائز وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا) لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار أو أسهم عشرة أسهم

انقسم على أجزائه يصيب كل ذراع منه مقدار ولو افرد الذراع وبيع بفرده لم يساو في الاسواق ذلك المقدار بل أقل منه بكثير وذلك لانه لا يفيد الغرض الذي يصنع بالثوب الكامل فعلمنا ان كل جزء منه لم يعتبر كثوب كامل مفرد (قوله ومن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالببيع فاسد عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالوا هو جائز) وبه قال الشافعي رحمه الله (وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم منها) جار في قولهم جميعا) ومبنى الخلاف على أن المؤدى من عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع فعندهما شائع كأنه باع عشرة مائة وبيع الشائع جائزا اتفاقا كما في بيع عشرة أسهم من مائة سهم وعنده مؤداة قدر معين والآثاب مختلفة الجودة فتقع المنازعة في تعيين مكان العشرة ففسد البيع فلا اتفقوا على أن مؤدى عشرة أذرع من مائة من هذه الدار شائع لم يختلفوا ولو اتفقوا على أنه معين لم يختلفوا فهو ونظيره اختلافهم في نكاح الصابئة مبني على أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم أولهم كتاب فلا اتفقوا على الثاني اتفقوا على جوازه وعلى الاول اتفقوا على عدم الجواز فالشأن في

الثاني بان الذراع الزائد لم يدخل كان باع بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول بخبرنا في الجواز والقفيز الزائد ليس كذلك قال (ومن اشترى عشرة أذرع) شراء عشرة أذرع (من مائة ذراع من دار أو حمام) أعني أن يكون المبيع مما يتقسم أو مما لا يتقسم فاسد عند أبي حنيفة وعندهما هو جائز اذا كانت الدار مائة ذراع وشراء عشرة أسهم من مائة سهم جائز بالاتفاق (لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع) كعشرة أسهم من مائة سهم في كونها عشرة اختصاص الجواز بأحدهما تحكم

(قوله وفيه نظر لان قوله من حيث هو الخ) أقول تسامح في العبارة فان معادل الوصفية هو عدم مقابلة شي من الثمن لاهذا القول (قوله فلا يكون عليه) أقول يجوز أن يكون العلم بالوصفية معلولا لما ذكر مع كون نفس الوصفية عليه بالزوم المصادرة (قوله والاولى أن يقال يعنى الارض) أقول فيه ان قول المصنف فنزل كل ذراع منزلة ثوب يني عن ارجاع الضمير الى الارض كما لا يخفى ثم يجوز أن يرجع الضمير الى الثوب باعتبار كونه مائة ذراع أو لكونه بمنزلة الثوب حيث نزل كل ذراع منزلة ثوب واحد ولعل هذا أو بل ما في النهاية (قوله فسد البيع انا وجدها أكثر أو أقل الخ) أقول ممنوع كما يظهر في مسئلة اشتراء العدل على انه عشرة أثواب (قوله وعن الثاني بان الذراع الخ) أقول ويجوز أن يجاب عن الثاني بأنه لما كان في الذراع جهتا الاصلية والوصفية حكم بدخول الزائد بزيادة الثمن مراعاة لتبنيك الجهتين ولعل هذا أولى مما ذكره الشارح

ولا في حنفية ان الذراع حقة في الالة التي يذرع بها وارادتها هي مائة عذرة فيصير حجاز المايحله بطريق ذكر الحال وارادة الحجل وما يحمله لا يكون الامانة مخصصة لانه فعل حسي يقتضي محلا حسي والمشايع ليس كذلك فليحمله لا يكون مشاعا فلا يستعمل فيه الذراع لعدم مجوز الميزان (وذلك) أي العشرة الاذرع غير معلوم هذا لم يعلم ان العشرة من أي جانب من الدار فيكون مجهولا لجهة الالة لا تقضى الى المنازعة بخلاف السهم فانه امر عقلي لا يقتضي محلا حسي فيجوز ان يكون في السائع فالجهة الالة لا تقضى الى المنازعة فان صاحب عشرة أسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهم ما في جميع الدار على قدر نصيبهما من ايس لصاحب الكثير ان يدفع صاحب القليل من جميع الدار في قدر نصيب من أي موضع كان ولا فرق عنده بين ما اذا علم (٩٤) حلة الذرعان كما اذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار في الصحيح لبقاء الجهة الالة المانعة من الجواز خلافا لما يقوله الخصاف ان الفساد انما هو عند جهة الالة حلة الذرعان وأما اذا عرفت مساحتها فانه يجوز جعل هذه المسئلة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم اذا كان عدد حلة الشاة معلوما فانه يجوز عنده قال (ومن اشترى عدلا على انه عشرة أثواب) عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الحجل اذا اشترى عدلا على انه عشرة أثواب بعشرة دراهم فكان تسعة أو أحد عشر فسد البيع أما اذا زاد فليجوز له المبيع لان الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والاثواب مختلفة فكان المبيع مجهولا لجهة الالة لا تقضى الى المنازعة وأما اذا نقص فليجوز سقط حصة الناقص عن ذمة المشتري وهي مجهولة لانه لا يدري

وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعمل لما يحمله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما اذا علم حلة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهة الالة ولما اشترى عدلا على انه عشرة أثواب فاذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهة الالة المبيع أو الثمن (ولو بين لكل ثوب ثمانا جز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولو يجز في الزيادة) لجهة الالة العشرة المبيعة ترجع المبني فابو حنيفة يقول (الذراع اسم لما يذرع به) ومعلوم انه لم يرد بالمبيع عشر من الخشبات التي يذرع بها فكان مستعار لما يحمله وما يحمله معين فكان المبيع معينة قد راب عشرة أذرع (بخلاف) عشرة أسهم لان السهم اسم للجزء السائع فكان المبيع عشرة أجزاء ثلثة من مائة سهم وقد يقال ان تعيين حلة ذرعان الدار قرينة على انه انما أراد بيع السائع لان به يعرف نسبة العشرة من الكل انما بالعشر والا فلا فائدة في تعيينه لان العشرة أذرع لا بد ان كانت مقدارها بتعين الكل وعدمه وقد يقال فائدة لا تتعين في ذلك لجواز ان يرفع به الفساد فان بيع عشرة أذرع من ثوب لا يجوز على قول أبي حنيفة ولا على قولهما على تخريج طائفة من المشايخ وعلى قول آخر لا يجوز لانها جهالة بينهما اذ التها في ذرع الكل فيعرف نسبة العشرة وصحح هذا بناء على ما تقدم لهم من بيع صبرة لجواز ان يكون العاقد يرى الرأي الاول ولما وضع المسئلة في الجامع في عشرة أذرع من مائة ذراع ظهر ان ما قال الخصاف من ان الفساد عند ما اذا لم يعرف حلة الذرعان وأما اذا عرف حلتها فالبيع عنده صحيح غير واقع من جهة الرواية وكذا من جهة الدراية فان الفساد عند الجهالة كما قلنا وبمعرفة قدر حلة المبيع لا تنتفي الجهة الالة عن البعض الذي يبيع منه واختلف المشايخ على قوله ما فيما اذا باع ذراعا أو عشرة أذرع من هذه الارض ولم يسم حلتها فاقيل على قولهما لا يجوز لان صحته على قولهما باعتبار انه جزء سائع مع ما لم النسبة من الكل وذلك فرع معرفة حلتها والصحيح انه يجوز لانها جهالة بأيديهم ما ازالها بان تقاس كما هي فيعرف نسبة الذراع أو العشرة منها فيعلم قدر المبيع (قوله ومن باع عدلا) صورتها أن يقول بعتك ما في هذا العدل على انه عشرة أثواب بمائة درهم مثلا ولم يفصل لكل ثوب ثمانا قابل المجموع بالمجموع (فاذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهة الالة المبيع) في صورة الزيادة لما قرناه من قرب في الفرق بين الثوب والذراع الذي صار أصلا من وجه (والثمن) في صورة النقصان لان الثمن لا تنقسم اجزائه على حسب اجزاء المبيع القيمي والنياب منه فلم يعلم للثوب الذهاب حصة معاومة من الثمن المسمى لينقص ذلك قدر منه فكان الناقص من الثمن قد راجحجه ولا فيصير الثمن مجهولا (ولو) كان (فصل لكل ثوب ثمانا) قال كل ثوب بعشرة (جاز) البيع (في فصل النقصان بقدره) أي بما سوى قدر الناقص لعدم الجهة الالة لكن مع ثبوت الخيار للشترى لتفريق الصفة عليه (ولم يجز في الزيادة) لان جهة الالة المبيع لا ترتفع فيه لوقوع المنازعة في تعيين العشرة

لم يعلم كما اذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار في الصحيح لبقاء الجهة الالة المانعة من الجواز خلافا لما يقوله الخصاف ان الفساد انما هو عند جهة الالة حلة الذرعان وأما اذا عرفت مساحتها فانه يجوز جعل هذه المسئلة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم اذا كان عدد حلة الشاة معلوما فانه يجوز عنده قال (ومن اشترى عدلا على انه عشرة أثواب) عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الحجل اذا اشترى عدلا على انه عشرة أثواب بعشرة دراهم فكان تسعة أو أحد عشر فسد البيع أما اذا زاد فليجوز له المبيع لان الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والاثواب مختلفة فكان المبيع مجهولا لجهة الالة لا تقضى الى المنازعة وأما اذا نقص فليجوز سقط حصة الناقص عن ذمة المشتري وهي مجهولة لانه لا يدري

انه كان جيدا أو وسطا أو رديا وحينئذ لا تدري قيمته يقين حتى تسقط فكانت جهالتا توجب جهالة الباقي من الثمن فلا ينشك في فسادهما وإذا بين لكل ثوب ثمانا بقوله كل ثوب بدرهم جاز البيع في فصل النقصان لكون الثمن معلوما وله الخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك لانه تغير شرط عقده ولم يجز في فصل الزيادة لجهة الالة العشرة المبيعة

قال المصنف (وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعمل لما يحمله الذراع) أقول قال الانقائي كان القياس أن يقول استعبرت لانه أشد الى ضمير الذراع وهي مؤنثة لكن ذكر الفعل على تأويل الذراع بما يذرع به اه لكن قال في القاموس الذراع بالكسر من طرف المرفق الى طرف الاصبع الوسطى والساعد وقيد كرفها جميع أذرع وذرعان بالضم اه وذكر باعتبار الخبر

ومن مشايخنا من قال إن البيع فاسد عند أبي حنيفة في فصل النقصان أيضا . لأنه جمع بين الموجود والمعدوم في صدقة فكان قبول  
البيع في المعدوم شرط القبول في الموجود فيفسد العقد كإجماع بين حروعه في صدقة وسمى لكل واحد منهما فإنه لا يجوز البيع عنده في  
الثنى خلافا لهما . كذلك هذا واستدل بما ذكره محمد في الجامع الصغير رجل اشترى (٩٥) ثوبين على أنهما مائة وثمانون ثوب بعشرة

فإذا أحدهما هوى والآخر  
هوى فالببيع فاسد في  
الهوى والروى جميعا عند  
ابن حنيفة رحمه الله وعندهم  
يجوز في الهوى ووجه  
الاستدلال أن الفاتئ في  
الصفة مسئلة الجامع الصغير  
لأصل الثوب فإذا كان  
فوات الصفة في أحد البديلين  
مفسدا للعقد على مذهبه  
ففوات أحدهما من الأصل  
أولى أن يفسد قال الشيخ  
وليس بصحيح لأن ثمن النافض  
معلوم قطعا فلا يضر الباقي  
وفرق بين هذه المسئلة  
ومسئلة الجامع بقوله لأنه  
جعل القبول في المروى  
شرط العقد في الهوى  
وهو شرط فاسد لان المروى  
غير مذكور في العقد فشرط  
قبوله مما لا يقتضيه العقد  
فكان فاسدا وهذا لا يوجد  
هنا فإنه ما شرط قبول العقد  
في المعدوم ولا قصد إيراد  
العقد على المعدوم لعدم  
تصور ذلك فيه وإنما قصد  
إيراده على الموجود فقط ولكنه  
غلط في العدد وهوى بفتح  
الراء وهوى بسكونها  
منسوب إلى هرة وهوى  
قريتان بخراسان

وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان أيضا وليس بصحيح بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما  
مائة فإذا أحدهما هوى حيث لا يجوز فيه ما وإن بين ثمن كل واحد منهما لاندخل القبول  
في المروى شرط الجواز للعقد في الهوى وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترا

المبيعة من الأحاد عشر (وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز) البيع (في فصل النقصان أيضا) قال في  
المنهية وأكثرت ما يجئنا على أن ما ذكر في الكتاب من أن البيع جائز في الثياب الموجودة قولهما أما  
على قول أبي حنيفة فالعقد فاسد في الكل لأنه فسد في البعض فسد مقارن وهو العدم والأصل عند أبي  
حنيفة أن العقد متى فسد في البعض فساد مقارن يفسد في الباقي وقد ذكر محمد مسئلة في الجامع تدل  
على هذا وهي رجل (اشترى ثوبين على أنهما مائة وثمانون ثوب بعشرة) فإذا أحدهما هوى  
بكون الرأ نسبة إلى قرية من قرى الكوفة أما النسبة إلى مروي والمعروفة بخراسان فقد التزموا فيها  
زيادة الزاى فيقال مروي وكان له الفرق بين القريةتين قال فسد البيع في الثوبين جميعا عند أبي حنيفة  
وعندهما يجوز في الهوى والفاتئ في مسئلة الجامع الصفة لأصل الثوب وقد فسد في الكل بفواته  
فساده في الكل والفاتئ أحدهما أولى واليه مال الجاهل وقال أنه الصحيح عنده وكذا نسبة شمس الأئمة  
السرخصى إلى أكرم مشايخنا ثم قال والصحيح عندى أن هذا قولهم جميعا يعنى عدم الفساد في الباقي  
لأن أبا حنيفة في نظائره هذه المسئلة إنما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة وهو أنه جعل  
قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطا في قبوله في الآخر وهذا لا يوجد هنا فإنه ما شرط قبول العقد  
في المعدوم ولا قصد إيراد العقد على المعدوم بل على الموجود فقط فغلط في العدد بخلاف تلك المسئلة  
فإنه جعل قبول العقد في كل من الثوبين شرطا لقبوله في الآخر وهو شرط فاسد وأقول قوله ما شرط  
قبول العقد في المعدوم إن كان صريحا معادوم ولا يضر فإن الثوبين أيضا ما شرط قبوله في المروى  
صريحا وإنما المقصود أنه إذا أضاف العقد إلى معدود صدقة كان قبول العقد في كل شرطا في قبوله  
في الآخر كما في الثوبين ولا شك أن في العشرة أيضا كذلك فكان قبوله في العاشر شرطا لقبوله فيما سواه  
ولا وجود للعاشر فكان قبوله في المعدوم شرطا إلى آخره وحاصل قوله وما قصد إلى آخره ما أشار إليه  
المصنف وهو أن الشئيين الموجودين الموصوفين بوصف إذا خلا في عقد واحد كان قبول كل منهما  
بذلك الوصف شرطا لقبول الآخر بذلك الوصف فإذا انعدم ذلك الوصف في أحدهما كان ذلك شرطا  
فاسدا في القبول في الآخر بخلاف ما إذا كان معدوما بذاته ووصفه فإنه ليس حينئذ دخلا في  
العقد حتى يكون قبوله شرطا لصدقة العقد في الآخر لأنه معدوم فيجعل ذلك غلطا فلما يجعل شرطا  
لم يفسد العقد في الآخر فتدبر أن محط الفرق اعتبار الغلط وعدمه ولا شك أن اعتبار الغلط إنما  
بنأى من جهة البائع على معنى أنه أوجب في تسعة ولكنه عبر عنها بعشرة غلطا للمشترى لما قبل  
في عشرة ما كان غلطا لما تلاقى الإيجاب والقبول كما لو عزل تسعة أثواب من عشرة وقال بعثك هذه  
التسعة فقال قبلت في العشرة لا يتم العقد في التسعة ولا العشرة وإن كان معنى غلظه أنه قصد الإيجاب  
في عشرة وليس في الواقع التسعة لم يفسد الصحة لأن المعقود عليه معدوم وقد جعل قبول العقد فيه شرطا  
لقبوله في التسعة وهذا لأنه جاد في اعتقاد قيام العشرة فإن لم يكن في ملكه فأحرى أن يكون البيع باطلا

قال المصنف (فإذا أحدهما هوى) أقول قال ابن الهمام يسكون الرأ نسبة إلى قرية من قرى الكوفة وأما النسبة إلى مروي والمعروفة  
بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاى فيقال مروي وكان له الفرق بين قريتين أه وفيه كلام (قوله لان المروى غير مذكور في العقد  
فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد) أقول لا يقال إذا كان غير مذكور فبأى شيء علم الشرط لأنه لا يعلم من أشارته إليهما حين البيع فليستأمل



قال (ولو اشترى ثوبا واحدا) اذا اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فزاد أو نقص نصف ذراع قال أبو حنيفة اذا زاد  
أخذه بعشرة بلا خيار وفي النقصان تسعة ان شاء وقال أبو يوسف اذا زاد أخذه بأحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء وقال محمد أخذه  
في الاول بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف ان شاء لانه قابل كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدرهم  
(فيجزأ عليه) من التجربة وفي بعض النسخ (٩٣) يجزأ عليه أي على النصف حكم المقابلة ويخير كالأربع عشرة بعشرة فنقص ذراع (ولابي

يوسف أن بافراد البذل صار  
كل ذراع) كشوب على حدة  
والجواب اذا بيع على أنه كذا  
ذراعا فنقص ذراع لا يسقط  
شي من الثمن ولكن يثبت  
له الخيار وقد تقدم ولا ي  
حنيفة رضي الله عنه قد ثبت  
ان الذراع وصف في الاصل  
لا يقابله شيء من الثمن وانما  
أخذ حكم الاصل بالشرط  
والشرط مقيد بالذراع  
ونصف الذراع ليس بذراع  
فكان الشرط معدوما وزال  
موجب كونه أصلا ففقد  
الحكم الى الاصل وهو الوصف  
فصارت الزيادة على العشرة  
والتسعة كزيادة صفة  
الجودة فسلم له مجازا وقيل  
هذه الاقوال الثلاثة في  
الثوب الذي تتفاوت جوانبه  
كاسرا ويسل والقميص  
والاقبية أما في الكرباس  
الذي لا تتفاوت جوانبه لا تسلم  
الزيادة لانه وان اتصل  
بعضه ببعض فهو في معنى  
المكمل والموزون لعدم  
تضرره بالقطع وعلى هذا  
قال المشايخ اذا باع ذراعا منه  
ولم يعين موضعه جاز كافي  
الحنطة اذا باع قفيزا منها

(ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف  
قال أبو حنيفة رحمه الله في الوجه الاول يأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة ان  
شاء وقال أبو يوسف رحمه الله في الوجه الاول يأخذه بأحد عشر ان شاء وفي الثاني يأخذ بعشرة ان  
شاء وقال محمد رحمه الله يأخذ في الاول بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير (لان من  
ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجزأ عليه حكاه لابي يوسف رحمه الله أنه لما  
أفرد كل ذراع يسد نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولا ي حنيفة رحمه الله أن الذراع  
وصف في الاصل وانما أخذه حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فحذف عدمه عادا لحكم الى الاصل  
وقيل في الكرباس الذي لا تتفاوت جوانبه لا يطيب للشترى ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون  
حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

كاذ كقبح باع كرا من حنطة وليس في ملكه حنطة البيع باطل ولانه باع ما ليس عنده وفي المحيط روى  
قاضي الحرمين أن العقد فاسد في الفصل الاول وفيه أبيعك هذه الحنطة على أنها أقل من كز فوجدتها  
كذلك جازا لا في رواية عن أبي يوسف وان وجدها كرا أو أكثر فالبيع فاسد وكذا اذا قال على أنها  
أكثر من كز فوجدتها كذلك وان وجدها كرا أو دونه ففاسد ولو قال كرا أو كرين جاز كيف ما كان غير  
أنه يخير في الأقل كما لو قال على أنها كرو على هذا اذا اشترى عن يافى كرم معين على أنه كذا وكذا مناو وكذا في  
العدديات المتقاربة انتهى ووجه الفساد في الاكثر أنه لا يعلم قدر الزائد فانه ليس للاقل من الكرو والاكثر  
منه مقدار معين ليعرف الزائد عليه فيرد الى البائع بخلاف ما اذا قال كرا أو كرين ولا وجه للرواية عن  
أبي يوسف لان غاية ما في ذلك انه باع صبرة بشرط أن لا تبلغ المقدار الفلاني والله أعلم (قوله ولو اشترى  
ثوبا واحدا على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة  
رحمه الله في الوجه الاول يأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة ونصف ان شاء  
وقال أبو يوسف رحمه الله في الاول يأخذه بأحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله  
في الوجه الاول يأخذ بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير (وجه قوله ان من  
ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجزأ عليه حكم المقابلة) وحكيه أن يجب في  
مقابلة كل جزء اضافي من الذراع منزلة من الدرهم فنصف الذراع بنصف الدرهم وربعه بربعه وثمنه بثمنه  
وهكذا وفي بعض النسخ فيجزأ الدرهم عليه أي يقابل كل جزء له نسبة خاصة بجزء كذلك من الاخر وخصم  
يجزأ يصح عوده الى كل من الذراع والدرهم الا أن الدرهم أقرب مذكور وانما يخبر في الزيادة لان  
سلامة النصف بمقابلة ضرره فلا يلزمه الا بالتزامه وفي النقصان لفوات وصف مرغوب فيه وهو وصف  
العشرة (ولابي يوسف أنه لما أفرد كل ذراع بدرهم نزل كل ذراع منزلة ثوب مفرد) بيع على انه ذراع  
لما عرف أن أفراد الذراع بالثمن يخرج منه عن الوصفية الى الاصلية (وقد انتقص) عن الذراع فلا  
ينقص شيء من الثمن وانما يثبت الخيار له لما ذكرنا من أن في الزيادة نفعا يشوبه ضرر وفي النقصان  
فوات الوصف المرغوب فيه (ولابي حنيفة أن الذراع وصف في الاصل وانما أخذ حكم المقدار بالشرط)

(قوله كالأربع عشرة بعشرة  
نقص ذراع) أقول الاول

هو تعميم الكلام لكلا طرفي الزيادة والنقصان بأن يقول كالأربع عشرة بعشرة كل ذراع بدرهم  
فانقص منها أو زاد ذراع ولا بد لتحديد رحمه الله تعالى من الفرق بين هذه المسئلة وبين ما تقدم من أنه اذا باع ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة  
فان ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم ثابتة هناك أيضا ولعل منع ذلك للتفاوت في اطراف الثوب الواحد ولا كذلك أطراف الذراع الواحد  
منه غالبا. (قوله والثوب اذا بيع على أنه كذا ذراعا الخ) أقول ولم يعين لكل ذراع ثمن بل بيع على أنه عشرة أذرع بعشرة ذراهم مثلا

**فصل** في مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدة تين احدهما ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا دخل في المبيع وان لم يذكر صريحا والثانية ان ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعه في الدخول وتعني بالقرار الحال الثاني على معنى ان ما وضع لان يفصله المشترى ثانيا اتصال ليس باتصال قرار وما وضع لالان يفصله فيه فهو اتصال قرار وعلى هذا (دخول بناء الدار في بيعها وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف) لا يقال لان لم تناوله البناء في العرف (٩٧) فانه لم يدخل في باب الايمان التي مبناها على العرف كما تقدم (لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها) وهي اذ لم تكن داعية لليمين لا يتقدم البناء ليس بداع الى اليمين فلم يتقدم به وحدث بالدخول بعد الانهدام (ولان البناء متصل به) أي بالارض على تأويل المكان (اتصال قرار) فيكون تابعا له

**فصل** ومن باع دارا دخل بناؤها في المبيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل بها اتصال قرار فيكون تبعه

وكان الاولى ان يقول حكم الاصل أو النوب المنفصل بالشرط لان المقدار أيضا وصف على ما تقدم وأخذ حكم الاصل مقيد بكونه ذراعا فاذا لم يوجد لم يوجد ما أخذ حكم الاصل فيبقى على الاصل من كونه وصفا لا يقابل شي من الثمن واذا كان هكذا فلا وجه لثبوت الخيار له في فصل الزيادة لانه لم يلحقه شر في مقابلة الزائد بل نفع خالص كما لو اشتراه معيبا فوجده سليما ويتخير في النقصان لتفرق الصفة ثم من الشارحين من اختار قول محمد وفي الذخيرة قول أبي حنيفة أصح وقد كثر حاصل الوجه المذكور له وفي قوله مقيد بكونه ذراعا إشارة الى الجواب عن قول محمد أنه ينقسم أجزاء الدرهم على أجزاء الذراع فقال هذا اذا كان تمام الذراع موجودا والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان لبعض منه حكم الوصف لانعدام المقابلة به

**فصل** لما ذكر ما ينسحق به المبيع وما لا ينسحق ذكر ما يدخل في المبيع مما لم يسم وما لم يدخل واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك (قوله ومن باع دارا الخ) في المحيط الاصل ان كل ما كان في الدار من البناء أو متصلا بالبناء تبع لها فدخل في بيعها كالسلم المتصل والسور والدرج المتصلة والخبر الاسفل من الرجى ويدخل الخبر الاعلى عندنا استحسانا والمراد بخبر الرجى المبنية في الدار وهذا متعارف في ديارهم أما في ديار مصر لا تدخل رحا اليسد لانها بحجر يهزها تنتقل وتحول ولا تبقى فهي كالباب الموضوع والباب الموضوع لا يدخل بالاتفاق في بيع الدار نعم لو ادعاه أحداهما لنفسه بأن قال هذا ملكي وضعته فان كانت الدار في يد البائع وادعاه المشتري لنفسه فالقول قول البائع وان كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري واستدل المصنف على دخول البناء (بأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء وبأنه متصل بها اتصال قرار) واستشكل الاول بمسئلة الحلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدم بناؤها بحث فلو كان البناء من مسمى لفظ الدار لم يثبت وهذا الواجب التعليل الاول لا يضرب بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الاخرى ثم أجيب بأن البناء وصف فيها وهو لغو في المعينة فكانت حلف على نفي الدخول في هذا المكان وتحقيقه انه حلف لا يدخل هذه التي تسمى الا ن دارا فلا يتقيد الدخول بالحلوف عليه بكونه دارا وقت الدخول وتدخل البئر الكائنة في الدار وان كان عليها بكرة تدخل ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليها الا ان كان قال برفاقها ويدخل البستان الذي في الدار صغيرا كان أو كبيرا وان كان خارج الدار لا يدخل وان كان له باب في الدار قاله أبو سليمان وقال أبو جعفر ان كان أصغر من الدار ومنه فيه فيها يدخل وان كان أكبر أو مثلها لا يدخل وقيل ان صغيرا دخل والا وقيل يحكم الثمن وفي المنتقى اشترى حائطا يدخل ما تحته من الارض وكذلك كرفي التحفة من غير ذكر خلاف وفي المحيط جعله قول محمد والحسن وقول أبي يوسف لا يدخل وأما أساسه قيل الظاهر من مذهبه انه يدخل لانه جزء الحائط حقيقة ويدخل في بيع الحمام القدور ودون قصاعه وأما قدر القصارين والصباغين وأجاجين الغساليين

**فصل** ومن باع دارا (قوله مسائل هذا الفصل) أقول أي بعضها والا فبعضها بل أكثرها لا يثبت على واحدة منهما (قوله مبنية على قاعدة تين) أقول بمعنى انه لا يخلو من البناء على واحدة منهما (قوله على معنى انه ما وضع الخ) أقول أي اتصال ما وضع الخ فالصاف مقدر (قوله وما وضع لالان يفصله الخ) أقول يعني واتصال ما وضع الخ (قوله لأن تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها الخ) أقول لعل خلاصة الجواب انه عارض ذلك العرف عرف أقوى منه في اليمين اذ هي للامتناع عن الشيء والبناء لا يكون داعيا الى

(١٣ - فتح القدير خامس) اليمين في أمثال قولهم والله لا أدخل هذه الدار في عرف الناس فليتامل ثم أقول ويجوز أن يجاب بقبول كون البناء جزءا من الدار فانه ركن زائد لا يتغير باسم الدار بتغيره ألا يرى ان من حلف لا يكلم زيد افكاه بعد ما قطع يده ورجله يحنث مع كونه مادا خليا في زيد واذا بيع دخل يده ورجله في البيع كما لا يخفى وهذا الكلام اجابني وأصل ما ذكرنا في كتب الأصول في باب الاحكام (قوله اذ لم تكن داعية لا يتقدمها) أقول لا يتقدمها في العرف (قوله ولأن البناء متصل به أي بالارض على تأويل المكان) أقول لم يتقدم ذكر الارض والاولى أن يقال أي بالعرصة نعم ما ذكره صحيح في قوله لانه متصل به للقرار

(ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه) لانه متصل بها للقرار فاشبه البناء

وخوابي الزياتين وجبايهم ودنانهم وجذع القصار الذي يدق عليه الميثب كل ذلك في الارض فلا يدخل  
وان قال بمحقوقها قلت ينبغي أن تدخل كما اذا قال بمراقتها وأما الطريق ونحوه فسيأتي ان شاء الله تعالى  
في باب الحقوق **فروع** باع فوسا دخل العبد ان تحت البيع والزمام في بيع البعير ولم يذكر  
في شيء من الكتب ما اذا باع فوسا وعليه سرج قيل لا يدخل الا بالنقص أو يحكم الثمن ولو باع جارا  
قال الامام محمد بن الفضل لا يدخل الا كاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل بين ما اذا كان  
موكفا أو غير موكف في فتاوى قاضيان وهو اظاهر فلا كاف فيه كالمسرح في الفرس وقال غيره  
يدخل الا كاف والبرذعة تحت البيع وان كان غير موكف وقت البيع واذا دخل بلا ذكر كان  
الكلام فيه ما قلنا في ثوب العبد والجارية ولا يدخل المقود في بيع الحمار لانه يتقادر منه بخلاف الفرس  
والبعير ولينأمل في هذا باع عبدا أو جارية كان على البائع من الكسوة قدر ما يوارى عورته فان بيعت  
في ثياب مثله ادخلت في البيع والبائع أن يمسك تلك الثياب ويدفع غيره ما من ثياب مثله يستحق ذلك  
على البائع ولا يكون للثياب قسط من الثمن حتى لو استحق الثوب أو وجد بالثوب عيبا لا يرجع على البائع  
بشيء ولا يرد عليه الثوب ولو هلك الثياب عند المشتري أو قعيت ثم رد الجارية بعيب ردها بجميع الثمن  
لانه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن وعلى هذا ما ذكر في الكافي من رجل له أرض وفيها  
نخل لغيره فباعه ما رب الأرض باذن الآخر بألف وقيمة كل منهما خمسة مائة قال الثمن بينهما نصفان  
لاستوائهم حافيه فلو هلك النخل قبل القبض بألفه ساوية خيرا للمشتري بين الترتك وأخذ الأرض بكل الثمن  
لان النخل دخل تبعافلا يبقا له شيء من الثمن ثم الثمن كله لرب الأرض لانه قاض البيع في حق النخل  
والثمن كله بمقابلته الاصل وهو له دون التبعية ولو باع أنا له الجاهش أو بقرة لها الجول اختلف قيل يدخلان  
وقيل لا يدخلان وقيل يدخل الجول دون الجاهش ولو باع عبدا له مال ان لم يذكر المال في البيع قاله المولاه  
وان باعه مع ماله بكذا ولم يبين المال فسد البيع وكذا لو سمي المال وهو دين على الناس أو بعضه فسد  
البيع وان كان عينا جاز البيع ان لم يكن من الاثمان فان كان منها وكان الثمن من جنسه بأن كان دراهم  
والثمن كذلك فان كان الثمن أكثر جاز وان كان مثله أو أقل لا يجوز لانه يبيع للعبد بلا ثمن وان كان منها  
ولم يكن من جنسه بان كان دراهم ومال العبد دنانير أو بالقلب جاز اذا تقابض في المجلس وكذا لو قبض مال  
العبد ونقد حصته فقط من الثمن وان افرقا قبل القبض بطل العقد في مال العبد اشترى دارا فوجد  
في بعض جذوعها مالا ان قال البائع هو لي كان له فبطل عليه لانها وصلت الى المشتري منه وان قال ليس لي  
كان كالقطة ولو قال صاحب علو وسفل لا خير بعث منك علو هذا بكذا فقبل جاز ويكون سطح السفلى  
لصاحب السفلى وللمشتري حق القرار عليه (قوله) ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم  
يسمه لانه متصل بها اتصال قرار فاشبه البناء ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين  
الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل خلا لما قال بعض المشايخ ان غير المثمرة لا تدخل الا بالذكر  
لانهم لا تغرس للقرار بل للقلع اذا كبر خشبها فصارت كالزروع ولما قال بعضهم ان الصغيرة لا تدخل  
وفي فتاوى قاضيان ولو باع أرضا وفيها أشجار صغار تحول في فصل الربيع وتباع ان كانت تقلع من  
أصلها تدخل في البيع وان كنت تقطع من وجه الأرض فهي للبائع الا بشرط نعم الشجرة اليابسة  
لا تدخل لانها على شرف القلع فهي كخطب موضوع قيم او لا يدخل الشرب والطريق في بيع الأرض  
والدار الا بالذكر الحقوق وكذا في الاقرار والصلح والوصية وغيرها ويدخلان في الاجارة والرهن والوقف  
والقسمة لانها تفقد لا انتفاع ولا انتفاع بدونهما بخلاف البيع فانه يعمد الملك الرقبة فقدير ادبه الانتفاع  
بالتجارة فيها ولا يدخل الثمر الذي على رؤس الاشجار الا بالشرط وما كان من الاوراق وأوراق الفرساد

(واذا باع أرضا دخل ما فيها  
من النخل والشجرة) كبيرة  
كانت أو صغيرة مثمرة أو  
غيرها على الاصح (وان لم  
يسمه لا اتصال فاشبه البناء)

(ولا يدخل الزرع في بيع الأرض بالتسمية) لأنه متصل بها للفصل فشابها المتاع الذي فيها (ومن باع نخلا أو شجرة فيه ثم فترته للبائع الآن يشترط المتاع) لقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى أرضاً فيها نخل فأنثره للبائع الآن يشترط المتاع ولأن الاتصال وإن كان خلقته فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع

والثوت لأنه بمنزلة الثمر ولو كان على الشجرة ثم انفصلت عنه سقطت حصتها من الثمن ثم ثبت الخيار للشترى في الصحيح لتفرق الصفقة عليه عند أي خفيفة بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فوادت ولداً يساوي خمسة فأكله البائع قال أبو حنيفة تازمه الشاة بخمسة ولا خيار له والفرق غير خاف وكما يدخل في البيع أشياء بلا تسمية وهو ما يدخل تبعاً كذلك يخرج منه أشياء بلا تسمية كما إذا باع قرية يخرج منها الطريق والمساجد والفاروق وسور القرية لأن السور يبق على أصل الإباحة عند القسمة فلا يدخل في البيع وفي الفصل الثالث فيما يجوز بيعه وما لا يجوز من المصلاصة باع قرية وفيها مسجد واستثناء هل يشترط ذكر الحدود واختلاف المشايخ واستثنى الحياض وفي المقبرة لا بد من ذكر الحدود الآن تكون ربوة (قوله ولا يدخل الزرع في بيع الأرض بالتسمية لأنه متصل بها للفصل) أي الفصل الآدمي أياها لا تنفعاها (فشابها المتاع الذي فيه) أي في المبيع فاندفع ما أورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحو البقرة الحامل فإنه يدخل جملها في البيع مع أنه متصل للفصل بأن ذلك فصل الله تعالى وهو هذا المعنى متبادر فترك التقييد به وأيضاً الم وما في بطنها من جناس متصل فيدخل باعتبار الجزئية بخلاف الزرع ليس بجناس الأرض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الأصل فبعد ذلك يتظر أن كان اتصاله للقرار كافي الشجر كان متصلاً للحال وفي ثانی الحال فيدخل بطريق التبعية لشدة الاتصال بالجنسية والجزئية وإن كان اتصاله للفصل في ثانی الحال كالزرع يجعل منفصلاً فلا يدخل فإن قيل ينبغي أن يدخل لأن الاتصال قائم في الحال والانفصال معدوم فيه فيترجح الوجود على المعدوم الجواب بأن الموجب للدخول ما شمول حقيقة المسمى في البيع له أو تبعيته له والتبعية بأن يكون مستقر الاتصال به لأشجره اتصاله الحالى مع أنه بعرضية الفصل وانتفاء المجانسة ظاهر فلم يتحقق موجب الدخول والله أعلم (قوله ومن باع نخلاً أو شجرة فيه ثم فترته للبائع الآن يشترط المتاع) لنفسه أي يشترى الشجرة مع الثمرة التي فوقها ولا فرق بين المؤبرة وغير المؤبرة في كونها للبائع إلا بالشرط ويدخل في الثمرة الوارد والياسمين والخلاف ونحوهما من المشهورات فالكل للبائع وعند الشافعي ومالك وأحمد يشترط في غرس النخل التأخير فإن لم تكن أبرت فهي للمشتري والتأخير التلقيح وهو أن يشق عناقيد الكرم ويذر فيها من طلع الفصل فإنه يصلح ثم ثمرات النخل لما روى أصحاب الكتب الستة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المتاع ومن باع نخلاً مؤبراً فالثمره للبائع إلا أن يشترط المتاع وفي لفظ البخاري من باع نخلاً بعد أن يؤبر فثمرتها الذي باعها إلا أن يشترط المتاع وحاصله استدلال بفهوم الصفة فن قال به يلزمه وأهل المذهب ينفون جنيته وقد روى محمد بن جرير في شفعة الأصل عنه عليه الصلاة والسلام من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمره للبائع الآن يشترط المتاع من غير فصل بين المؤبر وغير المؤبر وهو الحديث الذي ذكره المصنف وما قيل إن في مرويه تخصيص الشيء بالذكر فلا يدل على نفي الحكم عما عداه أنما يلزمهم لو كان لقبه ليكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة عندهم كما ذكرنا ولو صح حديث محمد بن جرير رحمه الله فهم يحملون المطلق على المقيّد وعلى أصول المذهب أيضاً يجب لأنه في حادثة واحدة في حكم واحد والذي يلزمهم من الوجه القياس على الزرع وهو المذكور في الكتاب بقوله أنه متصل للقطع لا للبقاء فصار كالزرع وهو قياسي صحيح وهم يقدّمون القياس على المفهوم إذا تعارضوا حينئذ فيجب أن يحمل الأثر على الأثر لأنهم لا يؤخرونه عنه فكان الأثر علامة الأثر

ولا يدخل الزرع في بيع الأرض بالتسمية لأنه متصل به للفصل فشابها المتاع (الموضوع في النار) وفوقه بالحمل فإنه متصل بالأصل للفصل ويدخل في بيع الأم والجواب أنه غير وارد على التفسير المذكور فإن البشر ليس في وسعه فصل الحمل عن الأم قال (ومن باع نخلاً) أي باع نخلاً (أو شجرة) عليه ثم فترته للبائع (الآن) أي يقول المشتري اشتريته مع ثمرته (لقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمره للبائع الآن يشترط المتاع) وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لأن المعقود عليه أرض فيها نخل عليه ثم فقال عليه السلام الثمرة للبائع إلا أن يشترط ولم يذكر النخل وقوله (ولأن الاتصال وإن كان خلقته) فيه إشارة إلى أن الاعتبار للحال الثاني والحال الأولى لا فرق فيها بين أن يكون خلقته أو موضوعاً

(قوله وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار الخ) أقول فيه تأمل فإن تخصيص الثمر بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما لم يذكر على ما هو المذهب

(ويقال للبائع سلم المبيع) فأما الجواب ذلك عليه فيمنع بغير ملك المشتري عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع (وقال الشافعي بتركه حتى يسد وصلاح الثمر ويستخصد الزرع لأن الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد أن لا يقطع) وقاسه على ما إذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد (١٠٠) والجواب ان لا نسلم أن المعتاد عدم القطع الى وقت البدو والاستخصد اتمامه

(ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع) وكذا اذا كان فيها زرع لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رحمه الله بتركه حتى يظهر صلاح الثمر ويستخصد الزرع لأن الواجب انما هو التسليم المعتاد والمعتاد أن لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب أيضا حتى يترك يأجر وتسليم العوض كالتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما تبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر

فعلق به الحكم بقوله بخلاف ما روي عن ابن أبي ليلى من أن الثمرة تطلق للمشتري بعيدا إذا بصادا الأحاديث المشهورة (وإذا) كانت الثمرة للبائع (يقال له اقطعها وسلم المبيع) وكذا اذا كان فيها زرع) يقال له اقلعه وسلم المبيع (لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي بتركه حتى يظهر صلاح الثمر ويستخصد الزرع) وهو قول مالك وأحمد رحمه الله (لأن الواجب هو التسليم المعتاد ولهذا لا يجب في الدار تسليمها في الحال اذا بيعت لملا وكان له فيها متاع بل ينتظر طلوع النهار ووجود المالكين (وفي العادة لا يقطع الا بعد ما قلنا وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع) فانه يترك حتى يستخصد رضى المؤجر أو لم يرض وإذا كان كذلك فلا يباي بتضرر المشتري بالانتفاع بملكه بالعوض لأنه حين أقدم على الشراء والعادة ما ذكرنا كان ملتزما بالتضرر المذكور ويقال يستخصد الزرع يستخصد بكسر الصاداء وقت حصاده أجاز المصنف (بأن هناك) أي في الاجارة (أيضا يجب التسليم) ولذا تجب الاجارة في التبقية لأن تسليم العوض تسليم المعوض ولا بد في تمامه من تسليم أن المعتاد في الاجارة التبقية بالاجارة وعدم تسليم عين الارض في الحال والاول لم يرض المؤجر بالتبقية وأخذ الاجارة كان له أن يكلفه أن يقلعه في الحال وليس له ذلك فظهر أن التسليم المعتاد يجب اعتباره ثم يقول هو في البيع بتركه الى ما ذكرنا من اجازة وفي الاجارة بتركه بأجر ولا محصل من هذا الا أن يتم منع أنه معتاد في البيع كذلك والا فلا فرق بين البيع والاجارة بأن اقدام البائع على البيع مع علمه بأن المتاع يطالبه بتفريغه ملكه وتسليمه فارغ دالة الرضا بقطعه فلم يجب رعاية جانبه بتبقية الارض والشجر على حكم ملكه بخلاف المستأجر فانه لم يوجد منه عند انقضاء مدة الاجارة فعل يدل على الرضا بقطع ثمره وزرعه فوجب رعاية جانبه بتبقيته على حكم ملكه بالاجارة انما يكون اقدامه على البيع رضا بالقطع في الحال ولم يكن التأخير الى الصلاح معتادا أما اذا كان معتادا فلا وقد منعت العادة المستمرة بذلك بل هي مشتركة فقد يتركون وقد يبيعون بشرط القطع والله أعلم ثم هل تدخل أرض الشجر في البيع يبيعها ان اشتراها للقطع لا تدخل بالاجاع وان اشترها ببيع عام مطلقا لا تدخل عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأن الأرض أصل والشجر تبع فلا ينقلب الاصل تبع وهو قول الشافعي وعند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة وقول الشافعي يدخل ما تحته بقدر غلط ساقها وفي جمع النوازل والقناوى الصغرى هو المختار لأنه اشترى الشجر وهو اسم للمستقر على الأرض والافه وحذغ وحطب فيدخل من الأرض ما يتم به حقيقة اسمها فهو دخول بالضرورة قيمة بقدرها وقيل قدر ساقها وقيل بقدر ظلها عند الزوال وقيل بقدر عروقها والعظام ولو شرط قدر افعلى ما شرط وقوله (ولا فرق) بين أن

لكنه مشترك فانهم قد يبيعون للقطع سلماء ولكن الواجب ذلك ما لم يعارضه ما يسقطه وقد عارضه دلالة الرضا بذلك وهي اقدامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشتري بتفريغه ملكه وتسليمه اياه فارغا (قوله هناك) إشارة الى الجواب عن المقيس عليه وتقريره (التسليم واجب) في صورة انقضاء مدة الاجارة أيضا (ولا يتركه الا بأجر وتسليم العوض تسليم المعوض) لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك لماسيا أي (ولا فرق بين أن يكون الثمر بحال له قيمة أو لم يكن) في كونه للبائع (في الصحيح) وقيل اذا لم يكن له قيمة يدخل في البيع ويكون للمشتري وجه الصحيح أن يبعه منفردا يصح في أصح الروايتين وما صح بيعه منفردا لا يدخل في بيع غيره اذا لم يكن موضوعا للقرار

(قوله وقد عارضه دلالة الرضا بذلك) أقول أنت خبير بأنه لا يظهر لقوله وقد عارضه دلالة الرضا وجه بعد تسليم ان العرف

في أمثال ذلك عدم القطع الى وقت البدو والاستخصد فتأمل والله الموفق للارشاد قال المصنف (قلنا) يكون هناك التسليم واجب أيضا حتى يترك بأجر وتسليم العوض كالتسليم المعوض) أقول لا يقال الاجر عوض المنفعة لا الارض فلا يتم التقرب لأن المعنى أقيم مقام المنفعة فيها على ما سيجي (قوله لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك لماسيا أي) أقول يعني سياتي من أنه يكون صفقة في صفقة ثم قوله لماسيا أي في جواب عن قوله لا يقال (الح)



(قوله وأما إذا بيعت الأرض) يعني معطوف على قوله ولا فرق يعني الثمر لا يدخل في البيع وإن لم تكن له قيمة (وأما الأرض إذا بيعت وقد نذر فيها) صاحبها ولم ينبت فإنه لا يدخل في البيع لأنه مودع فيها كالمناخ (وذكر في فتاوى القسطلي ذلك فيما إذا لم يعفن البذر في الأرض وأما إذا عفن فيها فهو للمشتري وهذا لأن بيع العفن بانقراده لا يصح فكان تأييده (١٠١) (وليثبت ولم يصرفه قيمة) قال أبو القاسم المصنف

لا يدخل وقال أبو بكر الاسكافي  
يدخل قال الشيخ (وكأن)  
وصحح بعض الشارحين  
تشديد النون (شذابناء  
على الاختلاف في جواز  
بيعه) يعني في جواز بيعه  
قبل أن تناله المشافر والمناجل  
لم يجعه له تابعاً لغيره ومن لم  
يجوز جعله تابعاً مشفراً  
كغير شفته والجمع مشافر  
والمناجل ما يحصد به الزرع  
والجمع مناجل قال (ولا  
يدخل الزرع والثمر) اعلم  
أن اللفاظ في بيع الأرض  
المزروعة والشجرة المثمرة  
أربعة الأول أن يقول بعث  
الأرض أو الشجر ولم يرد على  
ذلك وقد تقدم بيان ذلك  
والثاني بعث بحقوقها  
ومرافقتها والثالث بعث  
بكل قليل وكثير هوله فيها  
ومنها من حقوقها أو من  
مرافقتها والرابع بعث بكل  
قليل وكثير هوله فيها ولم يقل  
من حقوقها أو من مرافقتها  
وفي الثاني والثالث لا يدخل  
الزرع والثمر لأن الحق في  
العادة يذكر لما هو تبع لا بد  
للبيع منه كالطريق والشرب  
والمرافق ما يرتفق به وهو  
مختص بالتوابع كسميل  
الماء والزرع والثمر ليسا

وأما إذا بيعت الأرض وقد نذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لأنه مودع فيها كالمناخ ولو نبت ولم  
تصرفه قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه وكأن هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل  
أن تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لأنهما ليسا منهما ولو قال بكل  
قليل وكثير هوله فيها ومنها من حقوقها أو قال من مرافقتها لم يدخل فيه لمساقلنا وإن لم يقل من حقوقها  
أو من مرافقتها دخل فيه أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فهو بمنزلة المناخ لا يدخل إلا بالتصريح به

يكون له قيمة أو لا في الصحيح احتراز عن قول البعض إن لم يكن له قيمة يدخل والصحيح لا يدخل في الحالتين  
إن كان له قيمة أو لم تكن وعلمه أن بيعه يصح في أصح الروايتين مع كونه ليس للقرار وما يصح بيعه وليس  
للقرار لا يدخل في البيع تبعاً لغيره بخلاف البناء فإنه يجوز بيعه منفرداً وليس كونه موضوعاً للقرار (قوله  
وأما إذا بيعت الأرض وقد نذر فيها صاحبها ولم ينبت لم يدخل لأنه مودع فيها كالمناخ) هكذا أطلق المصنف  
وكذا أطلقه غير واحد وقيد في الذخيرة بما إذا لم يعفن أما إذا عفن فهو للمشتري لأن العفن لا يجوز بيعه  
على الانفرد فصار كجزء من أجزاء الأرض فيدخل في بيع الأرض واختار الفقيه أبو الليث أنه لا يدخل  
بكل حال كما هو إطلاق المصنف وفي فتاوى القسطلي كافي الذخيرة قال ولو عفن البذر في الأرض فهو للمشتري  
والألفبائع ولو سقاها المشتري حتى نبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبائع والمشتري متطوع ولو باعها بعد  
ما نبت ولم تصرفه قيمة فقد قيل لا يدخل فيكون للبائع وقيل يدخل ولم يرجع المصنف منها شيئاً ورجع في  
التجسس قال فيه قال الفقيه لا يدخل والصواب أنه يدخل نص عليه القسطلي ودور في شرحه وفي شرح  
الاسيحاوي انتهى وقول الفقيه أبي الليث هو قول أبي القاسم وفي فتاوى قاضيخان قال الشيخ الإمام أبو  
بكر محمد بن الفضل هذا إذا صار الزرع مثقوماً أي لا يدخل فإن لم يكن مثقوماً يدخل الزرع من غير ذكر  
قال وإنما عرف قيمته بأن تقوم الأرض مبدورة وغير مبدورة فإن كانت قيمتها مبدورة أكثر من قيمتها غير  
مبدورة علم أنه صار مثقوماً انتهى وبهذا ظهر أن حكمه اتفاق المشايخ على عدم الدخول مطلقاً ليست  
واقعة بل قولان عدم الدخول مطلقاً والتفصيل بين أن يعفن فيدخل أو لا فلا وكان المناسب أن يقول  
تقوم الأرض بذلك الزرع وبه فإن زاد فالزائد قيمته وأما تقويمها بمبدورة وغير مبدورة فأنما يناسب من  
يقول إذا عفن البذر يدخل ويكون للمشتري ويعلمه بأنه لا يجوز بيعه وحده لأنه حينئذ ليس له قيمة قال  
المصنف (وكأن هذا) بتشديد النون يعني الاختلاف في دخول الزرع الذي ليست له قيمة وعدمه (بناء  
على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل) من قال لا يجوز بيعه قال يدخل ومن قال  
يجوز قال لا يدخل ولا يخفى أن كلاماً من الاختلافين مبني على سقوط تقويمه وعدمه فإن القول بعدم جواز  
بيعه وبدخوله في البيع كلاهما مبني على سقوط تقويمه والأوجه جواز بيعه على رضاء تركه كما يجوز بيع  
الجش كما ورد على رضاء حياته فينتفع به في ثلثي الحال (قوله ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق  
الخ) يعني إذا باع أرضاً فيها زرع وشجر وعليه غر أو باع شجراً فقط وعليه غر وقال بعثاً أو اشترتها بجميع  
حقوقها ومرافقتها لا يدخل الزرع والثمر بذلك لأنهما ليسا من الحقوق والمرافق وكذا لو قال بكل قليل وكثير  
هوله فيها أو منها من حقوقها أو منها من مرافقتها لم يدخل أيضاً لما ذكرنا بعينه ولو كان اقتصر على قوله بكل  
قليل وكثير هوله فيها أو منها أو على قوله بكل قليل فيها أو منها دخل هذا في المتصل بالأرض والشجر

كذلك فلا يدخلان وفي الرابع يدخلان لعموم اللفظ هذا إذا كان في الأرض أو على الشجر وأما إذا كان الثمر مجذوذاً والزرع محصوداً  
فهو بمنزلة المناخ لا يدخلان إلا بالتصريح به

(قوله وصحح بعض الشارحين) أقول أراد الاتفاق (قوله يذكر لما هو تبع) أقول أي للبيع

قال (ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها) يبيع الثمرة على الشجر لا يخرجها أما أن يكون قبل الظهور أو بعده والاول لا يجوز والثاني جائز بصلاحها  
بصلاحها لا يتفادى بني آدم أو علف الدواب أو لم يبد لأنه مال متقوم لكونه منتفعا به في أمثال أو في الزمان الثاني فصار كبيع الخش  
والمهر وذو كثر شمس الأئمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهرزاده أن البيع قبل أن ينتفع به لا يجوز انتهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع  
الثر قبل أن يبد وصلاحه ولأن البيع يخص بمال متقوم والثر قبل بدو صلاحه ليس كذلك قال الشيخ والاول أصح يعني رواية  
ودراية أما الاولى فلما أشار إليه محمد رحمه الله في باب العشر ولو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على  
المشتري فلو لم يكن الشرع جاز في أول ما تطلع لما وجب العشر على المشتري وأما الثانية فلأنه مال متقوم في الزمان الثاني ونفي جواز  
مقبض الى نقي جواز بيع المهر والخش (١٠٣) وهو ثابت بالاتفاق والجواب عن الحديث ان تأويله اذا باعه بشرط الترك

قال (ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها) وقد بد اجاز البيع) لأنه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال  
أو في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل أن يبد وصلاحها والاول أصح (وعلى المشتري قطعها في الحال)  
تفرغ المالك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع (وان شرط تركها على التخييل فسد البيع)  
لأنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير وهو صفقة في صفقة وهو اعادة أو اجارة في بيع وكذا  
بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجعها الله لما قلنا  
أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فالايدخل ولو قال بكل قليل وكثير فهو فيها لم ينص عليه والمجذوذ  
بدلن مهمتين ومجهتين يعني واحد أي المقطوع غير أن المهمتين هنا أولى ليناسب المحصود (قوله)  
ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها) لا خلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر ولا في عدم جواز بيعه  
الظهور قبل بدو صلاحه بشرط الترك ولا في جواز بيعه بدو صلاحه بشرط القطع فيما ينتفع به  
ولا في الجواز بعد بدو صلاحه لكن بدو صلاحه عندنا أن تأمن العاهة والفساد وعند الشافعي هو  
ظهور النضج وبدو الخلاوة والخلاف انما هو في بيعها قبل بدو صلاحه على الخلاف في معناه لا بشرط  
القطع فعند مالك والشافعي وأحمد لا يجوز عندنا أن كان بحال لا ينتفع به في الكل ولا في علف الدواب  
خلاف بين المشايخ قيل لا يجوز ونسبه تاضحان امامة مشايخنا والصحيح أنه يجوز لأنه مال منتفع به  
في ثاني الحال ان لم يكن منتفعا به في الحال وقد أشار محمد في كتاب الزكاة الى جواز فانه قال لو باع الثمار  
في أول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن جائز لم يوجب فيه العشر  
على المشتري وصحة البيع على هذا التقدير بناء على التعويل على اذن البائع على ما ذكرنا من قريب  
والافلا انتفاع به مطلقا فلا يجوز بيعه والحيث في جواز باتفاق المشايخ ان يبيع الكثير أول  
ما تخرج مع أوراق الشجر فيجوز فيها تبع الاوراق كانه ورق كله وان كان بحيث ينتفع به ولو علفا  
للدواب فالبيع جائز باتفاق أهل المذهب اذا باع بشرط القطع أو مطلقا ويجب قطعه على المشتري في  
الحال فان باعه بشرط الترك فان لم يكن تناهى عظمه فالبيع فاسد عند الكل وان كان قد تناهى عظمه  
فهو فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو القياس ويجوز عند محمد استحسانا وهو قول الأئمة الثلاثة  
واختاره الطحاوي لعموم البلوى وفي المتن ذكر أبو يوسف مع محمد وجه قوله ما في الصورتين (أنه)  
شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو (صفقة في صفقة) لأنه ان شرط بلاجرة فشرط اعادة في

أوان المراد به انتهى عن  
بيها سلمنا بدليل قوله صلى  
الله عليه وسلم رأيت لو  
أذهب الله الثمرة بم يستحل  
أحدكم مال أخيه وانما  
يتوهم هذا اذا اشترى بشرط  
الترك الى أن يبد وصلاحها  
أو بطريق السلم واذا جاز  
البيع وجب على المشتري  
قطعها في الحال تفرغ المالك  
البائع قوله (وهذا) اشارة  
الى الجواز أي الجواز اذا  
اشترها مطلقا أو بشرط  
القطع) أما اذا قال اشترته  
على أن تركه على التخييل  
فقد فسد البيع لأنه شرط  
لا يقتضيه العقد لان مطلق  
البيع يقتضي تسليم المعقود  
عليه فهو وشرط القطع  
سواء في تركها على التخييل  
شغل ملك الغير أو ان في هذا  
البيع صفقة في صفقة لأنه  
اعارة في بيع أو اجارة فيه  
لان تركها على التخييل اما أن

يكون بأجر أو غيره والثاني اعارة والاول اجارة وذلك منهى عنه وفيه تأمل لان ذلك انما يكون صفقة أن لو جازت اعارة الاشجار أو البيع  
اجازتها وليس كذلك نعم هو انما يستقيم فيما اذا باع الزرع بشرط الترك فان اعارته أو اجازتها اجارة فيلزم صفقة في صفقة هذا اذا كانت الثمرة

(قوله) وأما الثانية الى قوله يعصى الى نقي جواز بيع المهر والخش وهو نائب بالاتفاق) أقول انما يستقيم القياس ان لو جاز تركه الى  
الزمان الثاني كما في القيس عليه (قوله والجواب عن الحديث اذا باعه بشرط الترك) أقول فيكون التقييم بقوله قبل أن يبد وصلاحه بناء  
على أن اشتراط الترك في الاغلب يكون فيه (قوله وانما يتوهم هذا) أقول أي اذهب الله الثمرة (قوله فقد فسد البيع الى قوله لأن  
مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه) أقول أنت خبير بأن شرط الترك على التخييل لا ينافي في تسليم المعقود عليه على ما سيجي في  
مسئلة حدوث ثمرة أخرى من أن تسلمه يتحقق بالتخليه في تقريره كما لا يخفى وصحة كلام المصنف غنية عن أمثاله (قوله وفيه تأمل  
الى قوله وليس كذلك) أقول اعارة الاشجار ينبغي أن تجوز ويدل عليه ما نقله العلامة السكاكي عن الجامع الاصغر فراجع

لم تنتاه في عظمها ، وأما إذا انتاهي عظمها فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله وهو القياس لأن شرط الترك مما لا يقتضيه العقد  
وأما محمد رجه الله فقد استحسن في هذه الصورة وقال لا يفسد البيع لتعارف الناس بذلك بخلاف ما إذا لم ينتاه عظمها لأنه شرط فيه الجزء  
المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى في الأرض أو الشجر والجواب أنا لا نسلم أن التعامل جرى في اشتراط الترك ولكن المعتاد في مثله الأذن في تركه  
بلا شرط في العقد ولو اشترى الثمرة التي لم ينتاه عظمها ولم يشترط الترك وتر كها فإن كان باذن البائع طاب له الفضل وإن كان بغيره نصدق  
بما زاد في ذاته بأن يقوم ذلك قبل الإدراك ويقوم بعده ويتصدق بفضل (١٠٣)

حصولها بقوة الأرض  
المغصوبة وإذا تركها بغير  
أذنه بعد ما انتاهي لم يتصدق  
بشيء لأن هذا تغير حاله من  
النقص إلى النصح لا لتحقيق  
زيادة في الجسم فإن الثمرة  
إذا صارت بهذه المثابة لا يزداد  
فيها من ملك البائع بغيره  
شيء بل الشمس تنضيحها  
والقمر يلوها والكواكب  
تعطيها الطم وإن اشترى  
مطلقا عن الترك والقطع  
وتر كها على النخيل باستحجار  
النخيل أي وقت الإدراك  
طاب له الفضل لبطولان  
أجارة النخيل لعدم التعارف  
فإن التعارف لم يجز فيما بين  
الناس باستحجار الأشجار  
ولعدم الحاجة إلى ذلك لأن  
الحاجة إلى الترك بالأجارة  
إنما تتحقق إذا لم يكن مخصص  
سواها وههنا يمكن للمشتري  
أن يشتري الثمار مع أصولها  
على ما سئذ كره وإذا بطلت  
الأجارة بقي الأذن معتبرا  
فمطيب له الفضل فإن  
قيل لا نسلم بقاء الأذن فإنه  
ثبت في ضمن الأجارة وفي

واستحسنه محمد رجه الله للعادة بخلاف ما إذا لم ينتاه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد  
لمعنى من الأرض أو الشجر ولو اشترى ثمارها مطلقا وتر كها باذن البائع طاب له الفضل وإن تركها بغيره نصدق  
بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وإن تركها بعد ما انتاهي عظمها لم يتصدق بشيء لأن هذا تغير  
حالة لا لتحقيق زيادة وإن اشترى ثمارها مطلقا وتر كها على النخيل وقد استأجر النخيل إلى وقت الإدراك طاب له  
الفضل لأن الأجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقى الأذن معتبرا بخلاف ما إذا اشترى الزرع  
واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتر كها حيث لا يطيب له الفضل لأن الأجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثا  
البيع أو بأجرة فشرط أجارة فيه ومثل هذا بيع الزرع بشرط الترك وجه قول محمد في المنتاهي  
الاستحسان بالتعامل لأنهم تعارفوا بالتعامل كذلك فيما انتاهي عظمه فهو شرط يقتضيه العقد وهذا  
دعوى الشافعي فيما انتاهي عظمه ومالم ينتاهي يجرى لأن العادة تركهم إياه إلى الحد الذي يقول بمنعه  
فيهما فيه من اشتراط الجزء المعدوم وهو الأجزاء التي تزيد بمعنى من الأرض والشجر إلى أن ينتاهي العظم  
ولا يخفى أن الوجه لا يتم في الفرق لمحمد إلا بدعاء عدم العرف فيما لم ينتاه عظمه إذا القياس عدم الصحة  
للشرط الذي لا يقتضيه العقد في المنتاهي وغيره خرج منه المنتاهي للتعامل فكون مالم ينتاه على أصل  
القياس إنما يكون لعدم التعامل فيه والجزء المعدوم طرد ولو باع مالم ينتاه عظمه مطلقا عن الشرط ثم تركه  
فأما باذن البائع إذا سجد أو باذن في ضمن الأجارة بأن استأجر الأشجار إلى وقت الإدراك أو بولاذن في  
الصورتين الأولين يطيب له الفضل والكل أمافي الأذن المجرى فقطاهر وأما في الأجارة فلازم الأجارة باطلة  
لعدم التعارف في أجارة الأشجار والحاجة فإن الحاجة ليست بمعينة في ذلك وإنما تعين لولم يكن مخصص  
إلا بالاستحجار وههنا يمكن أن يشتري الثمار مع أصولها فيتركها عليها ولا يخفى ما في ههنا من العسر فإنه  
يستدعي شراء ما لا حاجة له إليه أو ما لا يقدر على ثمنه وقد لا يوافق البائع على بيع الأشجار فالأول أولى  
وأصل الأجارة مقتضى القياس فيها البطولان إلا أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل ولا تعامل في  
أجارة الأشجار المجردة فلا يجوز وكذا لو استأجر أشجار الجحف عليها ما لا يجوز ذكره الكرخي وإذا  
بطلت بقي الأذن معتبرا فمطيب بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك حيث لا يطيب  
له الفضل لأن الأجارة هنا فاسدة لأن الأرض يجوز أجاتها وإنما فسدت للجهالة الأجل فأورث خبثا أما  
هنا الأجارة باطلة وباطل لا وجود له فلم يوجد إلا الأذن فطاب أما الفاسد فله وجود فكان الأذن ثابتا في  
ضمنه باعتبارها فنع وههنا صار الأذن مستقلا بنفسه وههنا بناء على عدم عذره بالجهل في دار الإسلام إن  
كان جاهلا بطلان الأجارة وفي الثالثة لا يطيب له ويتصدق بما زاد لأنه حصل بجهة محظورة أما ما باع  
ما انتاهي عظمه فتركه المشتري بغيره باذن البائع فإنه لا يتصدق بشيء لأنه لم يزد في ذاتها شيء وهذا قول  
المصنف (لأن هذا تغير حاله لا لتحقيق زيادة) أي تغير من وصف إلى آخر بواسطة انصاج الشمس عليه نعم

بطلان المنتهين بطلان المنتهين كالو كالة الثانية في ضمن الرهن تبطل بطلان الرهن أوجب بأن الباطل معدوم لأنه هو الذي لا تحقق له  
أصولا ولاوصفا شرعا على ما عرف والمعدوم لا يتضمن شيئا حتى يبطل بطلانه بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الأذن فكان معتبرا  
بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك الزرع وتركه حيث لا يطيب له الفضل لأن الأجارة فاسدة لمطالها وقت الزرع فإن  
(قوله وههنا يمكن للمشتري أن يشتري الثمار مع أصولها الخ) أقول إنما يمكن للمشتري ذلك إن لو باعه البائع كذلك ويبلغ ما يقدر عليه المشتري  
من النقود إلى مقدار قيمته ويكون له غرض في أصولها وليس كذلك ولا يشبهه ثمار الأشجار بالبازنجان والبطيخ كما لا يخفى ثم أقول  
وصح ما ذكره لم تصبح الأجارة مطلقا بهذا المخلص بعينه بل المخلص فيه ما نقل عن أبي الليث السمرقندي رحمه الله تعالى

الأدراك قد تقدم لشدة  
الحرق وقد يتأخر للبرد والفساد  
ماله تحقيق من حيث الأصل  
فأمكن أن يكون متضمنا  
لشيء وبفسد ذلك الشيء  
لفساد المتضمن وإذا انتفى  
الأذن كان الفضل خبيثا  
وسيله التصديق ولو اشترى  
الثمار مطلقا عن القطع  
والترك على التخيل وتركها  
وأعرت مدة الترك مرة أخرى  
فان كان قبل القبض يعني  
قبل تخلية البائع بين المشتري  
والثمار ففسد البيع لانه  
لا يمكن تسليم المبيع لتعذر  
التمييز وان كان بعد القبض  
لم يفسد البيع لان التسليم  
قد وجد وحدث ذلك البائع  
واختلط بملك المشتري  
فيشترى كان فيه للاختلاط  
والقول في مقدار الزائد  
قول المشتري لان المبيع  
في يده فكان الظاهر شاهدا  
له هذا ظاهر المذهب وكان  
شمس الأئمة الحلواني يفتي  
بجوازه ويرغم انه مروى  
عن أصحابنا وحكي عن  
الشيخ الامام الجليل أبي بكر  
محمد بن الفضل البخاري  
رحمه الله انه كان يفتي  
بجوازه ويقول اجعل  
الموجود أصلا وما يحدث  
بعد ذلك تبعا ولهذا شرط  
أن يكون الخارج أكثر

(قوله وكان شمس الأئمة  
الحلواني رحمه الله تعالى  
يفتي بجوازه) أقول في  
الصورة الأولى أيضا

ولو اشترى مطلقا فأعرت ثمرا آخر قبل القبض ففسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز  
ولو أعرت بعد القبض يشترى كان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره  
عليه انهم غصب المنفعة يتعلق به لا بالعين المبيعة باثبات خبث فيه اوجه قول الشافعي وباقي الأئمة في  
الخلافية ما في الصحيحين عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى بيدو صلاحها  
وعن بيع النخل حتى ترهوقيل وما ترهوقال تحمار أو تصفار وأخرج البخاري في الزكاة عن ابن عمر نهى  
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر حتى بيدو صلاحها وكان إذا سئل عن صلاحها قال حتى  
تذهب عاهتها وأخرج أبو داود والترمذي وابن ماجه عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن  
بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد قال الترمذي حديث حسن غريب لا نعرفه من قوما  
الأمم حديث حماد بن سلمة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولنا ما تقدم من قوله عليه الصلاة  
والسلام من اشترى نخلا قد ابرت فثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع فجعله للمشتري بالشرط فدل على  
جواز بيعه مطلقا لانه لم يقيد دخوله في البيع عند اشتراط المبتاع بكونه بد صلاحه وفي موطن مالك عن  
عمرة بنت عبد الرحمن قالت ابتاع رجل ثمرة حائط في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فعالجها وقام حتى تبين  
له النقصان فسأل رب الحائط أن يضع له أو يقيه له خاف لا يفعل فذهبت بالمشتري إلى النبي صلى الله  
عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال يأبى أن لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فألقى النبي صلى الله عليه وسلم  
فقال هو له ولولا صحة البيع لم تترتب الإقالة عليه أما النبي المذكور فهم قدر كواظا هره فأنهم أجازوا  
البيع قبل أن يبدو صلاحها بشرط القطع وهذه معارضة صريحة لمنطوقه فقد انفقنا على أنه متروك  
الظاهر وهو لا يحل أن لم يكن لموجب وهو عندهم فعليه عليه الصلاة والسلام بقوله صلى الله عليه وسلم  
أرأيت أن منع الله الثمرة ثم يستحل أحدكم مال أخيه فانه يستلزم أن معناه انه نهى عن بيعهم دركة  
قبل الأدراك وخرية قبل الزهر وقد فسر أنس رضي الله عنه زهوها بأن تخمر أو تصفر وفسرها  
ابن عمر بأن تأمن العاهة فكان النهى عن بيعها شجرة قبل الاجرار ومصفرة قبل الاصفرار أو آمنة  
من العاهة قبل أن يؤمن عليها وذلك لان العادة ان الناس يبيعون الثمرة قبل أن تقطع فمنه عن هذا  
البيع قبل أن توجد الصفة المذكورة وما ذكرنا من نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع العنب  
حتى يسود وهو لا يكون عنب قبل السواد يقيده فانه قبله حصرم فكان معناه على القطع النهى عن بيع  
العنب عنب قبل أن يصير عنب وذلك لا يكون الا بشرط الترك إلى أن يبدو صلاح ويدل عليه  
تعليق النبي صلى الله عليه وسلم بقوله أرأيت لو منع الله الثمرة ثم يأخذ أحدكم مال أخيه فالمعنى اذا  
بعتموه عنب قبل أن يصير عنب بشرط الترك إلى أن يصير عنب فنع الله الثمرة فلم يصير عنب ثم يستحل أحدكم  
يعنى البائع مال أخيه المشتري والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولا للنهي وإذا صار  
محلل للنهي بيعها بشرط تركها إلى أن تصلح فقد قضينا عهد هذه هذا النهى فأنافد أفسدنا هذا البيع  
وبقي بيعها مطلقا غير متناول للنهي بوجه من الوجوه فلهذا ترك المصنف الاستدلال لهم في هذه  
الخلافية بالحديث وحديث الحديث المذكور لنا فيها أعنى حديث التأبير سالم عن المعارض وكذلك  
المعنى وهو أنه مبيع متفجع به في الحال أو في ثانی الحال إلى آخره وبهذا التقرير يظهر أن ليس حديث  
التأبير عام اعارضه خاص وهو حديث بدو صلاح وان التراجع هنا ينبغي أن يكون للخاص لانه مانع  
وحديثنا مبيع بل لا يتناول أحدهما ما يتناول الآخر والحاصل أن بيع ما لم يبدو صلاحها ما بشرط  
القطع وهو جائز اتفاقا لانه غير متناول للنهي لما ذكرنا وما مطلقا فاذا كان حكمه لزوم القطع كان عنبه  
بشرط القطع فلم يبق محلل للنهي الا بيعها بشرط الترك ونحن قائلون بأنه فاسد (ولو اشترى مطلقا  
فأعرت ثمرا آخر قبل القبض ففسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز) فأشبهه هلا كما قبل  
التسليم (ولو أعرت بعد القبض يشترى كان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره) مع يمينه

(قوله وكذا في الباذنجان والبطيخ) يعني أن البيع لا يجوز إذا حدث شيء قبل القبض وإذا حدث بعده بغير تركان (والمخلص) أي المصلحة في جوازها إذا حدث قبل القبض أن يشتري الأصول لتحصل الزيادة على ملكه (وله) إذا قال شمس الأئمة السرخسي إنما يجوز بمعمل الموجود أصلاً والحادث تبعاً إذا كان ثمة ضرورة ولا ضرورة هيئاً لارتفاعها ببيع الأصول (تأن ولا يجوز أن يبيع ثمرة) إذا باع ثمرة (واستثنى منها أوطارها معلومة لم يجوز خلاف المالك) ولم يبين أن مراده الثمرة على رؤس الخيل أو غرة مجدودة وذ كرفي بعض فرائد هذا الكتاب أن مراده ما كان على الخيل وأما بيع المجدود فثابت وهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فإنه قال إذا باع الثمرة على رؤس الخيل إلا صاعاً منها يجوز البيع لأن المستثنى معلوم كما إذا كان الثمر مجدوداً وموضوعاً على الأرض فباع الكل إلا صاعاً يجوز وهذا يدل على أن الحكم فيه ماسواً واستدل بقوله (لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول) (١٠٥) والمجهول لا يرد عليه العقد

وهذا يدل أيضاً على أن الحكم فيه ماسواً (بخلاف ما إذا استثنى نخلاً معيناً لأن الباقي مع المجهول بالمساهدة) كم هي نخلة قال المصنف (قوله هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي) واعترض بأن الجهالة المانعة من الجواز ما كانت مفضية إلى النزاع وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا تكون مانعة وأجيب بأننا لا نسلم أنها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعاً من الثمر أحسن ما يكون والمشتري يدفع إليه ما هو أرواً الثمر رقيقضى إلى النزاع سلمنا ذلك لكن يجوز تراضيهما على شيء منه قد لا يكون الثمر الأقدر المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة فلا يصح كلاً يصح مثله في المضاربة بهذا المعنى وعن هذا قال بعض

لأنه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص أن يشتري الأصول لتحصل الزيادة على ملكه قال (ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أوطارها معلومة) خلافاً لما لا رجح الله لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما إذا باع واستثنى نخلاً معيناً لأن الباقي معلوم بالمساهدة قال رضي الله عنه قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي أما على ظاهر الرواية

(لأنه في يده وكذا في) بيع (الباذنجان والبطيخ) إذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشترى كما ذكرنا وكان الخواص يفتي بجوازها في الكل وزعم أنه مروى عن أصحابنا وكذا حكى عن الإمام الفضلي وكان يقول الموجود وقت العقد أصل وما يحدث تبع نقله شمس الأئمة عنه ولم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد يكون أكثر بل قال عنه اجعل الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً وقال استحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا ببيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزاع الناس من عاداتهم حرج وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد رحمه الله وهو يبيع الورد على الأشجار فإن الورد متلاحق ثم يجوز البيع في الكل بهذا الطريق وهو قول مالك رحمه الله (والمخلص) من هذه الوازم الصعبة (أن يشتري) أصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث (على ملكه) وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببيع الثمن ويستأجر الأرض مدة معلومة يعلم غاية الإدراك وانقضاء الغرض فيها يباقي الثمن وفي ثمار الأشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما يوجد فإن خاف أن يرجع بفعل كما قال الفقيه أبو الليث في الأذن في ترك الثمر على الشجر وهو أن يأذن المشتري على أنه متى رجع عن الأذن كان مأذوناً في الترك بأذن جديد فيحله على مثل هذا الشرط (قوله ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أوطارها معلومة خلافاً للمالك) أجازة قياساً على استثناء شجرة معينة قلنا قياس مع الفارق لأن الباقي بعد إخراج المستثنى غير مضاف إليه ولا معلوم الكيل المخصوص فكان مجهولاً بخلاف الباقي بعد إخراج الشجرة فإنه معلوم مفرز بالإشارة (قوله هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول الطحاوي) والشافعي وأحمد رحمهم الله وعلي ما ذكرنا من التعليل لا يرد ما قيل ينبغي أن يجوز البيع على كل حال لأنه ان بقي شيء بعد إخراج المستثنى فظاهر وإن لم يبق شيء يكون الاستثناء باطلاً لأنه مستغرق فيبقى الكل مبيعاً لأن ورود هذا على التعليل يجوز أن لا يبقى بعد الاستثناء شيء وتعليل المصنف بجهالة المبيع وهو يوجب الفساد وان ظهر ارتفاعها بالآخرة وانفق أنه بقي مقدار معين لأن الجهالة القائمة قبل ذلك في الحال هي المفسدة قال المصنف رحمه الله (فأما على ظاهر الرواية

(١٤ - فتح القدير خامس) الشارحين يشير إلى هذا قوله (أوطارها معلومة) وردياً أنه لو كان المستثنى صاعاً واحداً أو رطلاً واحداً فالحكم كذلك وبأنه لا يجوز ما أنه بقي شيء بعد الاستثناء أولاً وكل من التقديرين يقتضي صحة العقد أما الأول فلأن الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوماً سلمنا أن الباقي غير معلوم وزنا لكان ذلك ليس بشرط إلا إذا باع موازنة وليس الفرض ذلك فجاز أن يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة وأما الثاني فلأنه يكون حينئذ استثناء الكل من الكل فيبطل الاستثناء ويجوز البيع وأجيب بأن هذا باعتبار المال وأما في الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء شيء أو لا فصار مجهولاً وفيه نظر لأنهم ليست مفضية إلى النزاع فهو أول المسئلة ثم قال المصنف (أما على ظاهر الرواية

(قوله وهذا يدل على أن الحكم فيه ماسواً) أقول فيه بحث فإن اللازم منه أن من قال بالاول قال بالثاني والعكس ليس بلازم (قوله فيبطل الاستثناء



ينبغي أن يجوز ( يريد به على قياس ظاهر الرواية ) فإن حكم هذه المسئلة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحاً ولا هنا قال ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثنائه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذلك استثنائه وينعكس إلى أن ما لا يجوز إيراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثنائه وفي بيع أطراف الحيوان فيه وحال لا يرد عليه العقد بانفراده فكذلك لا يجوز استثنائه وهذا لأن الاستثناء يقتضي أن يكون المستثنى مقصوداً مع لزماً وإيراد العقد يقتضي أن يكون العقد مقصوداً مع لزماً ما اقتضاه كافي المقصد والعلم فاجاز أن يقع عقوداً عليه بانفراده جاز أن يستثنى وبالعكس وعلى هذا القول به تلك هذه الصبرة يكذب الاقتضاء منها بدوهم نعم في جميع الصبرة إلا في قفيز لأنه استثنى ما يجوز إفراده بالعقد عليه وأما قال بعثك هذا القطيع من الغنم الشاة منها بغير عينها فانه لا يجوز لأنه استثنى ما لا يجوز إفراده بالعقد عليه ولما قال الا هذه الشاة بعينها جاز لأنه يجوز إفراده بالعقد عليه فيجوز استثنائه وكذا الحكم في جميع العدييات المتفاوتة ( ١٠٦ ) كالتياب والعبيد بخلاف الكيل والوزن والعددي المتقارب فإن استثناء قدرته

ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثنائه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذلك استثنائه بخلاف استثنائه الجمل ( أطراف الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذلك استثنائه ) ويجوز بيع الحنطة في سنبها وبالاقلاء في قشره ( وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقي الا الخضرة وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله أنه أن المعقود عليه مستور بما لا منفعة فيه فاشبهه تراب الصاعه اذا بيع بجنسه

واراد العقد عليه جائز لأن الجاهل لا تقتضي إلى المداغة قيل ما الفرق بين قوله بعثك هذه الشاة القطيع من الغنم الا هذه الشاة بعينها بدوهم فانه جائز وبين قوله بعثك هذا القطيع من الغنم كله على أن في هذه الشاة الواحدة منه بعينها فانه لا يجوز مع انه قد استثنى الشاة المعينة من القطيع معنى وأجيب بأن في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لأنه لبيان انه لم يدخل كما عرف في الاصول فلم يكن إفراده إخراجاً بمحضتها من الثمن فلا جهالة فيه وأما في الشرط فلأن الشاة دخلت أولاً في الجمل ثم خرجت بمحضتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد البيع في ذلك ونظيره ما قال بعثك

ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثنائه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذلك استثنائه بخلاف استثنائه الجمل ( أطراف الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذلك استثنائه ) ويجوز بيع الحنطة في سنبها وبالاقلاء في قشره الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله أنه أن المعقود عليه مستور بما لا منفعة فيه فاشبهه تراب الصاعه اذا بيع بجنسه

هذا العبد الا عشرة فإنه صحيح في تسعة اعشاره ولو قال على ان لي عشرة لم يصح قيل ولقائل أن يقول سلمنا أن إيراد العقد على الارطال المعالومة واستثناءها جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول والجواب اننا لا نسلم أن الباقي مجهول لما ذكرنا من المستثنى اذا كان معلوماً لم تسر منه جهالة إلى المستثنى منه لا يحسب الوزن فيكون البيع في الباقي مجازفة وهي لا تحتاج إلى معرفة مقدار المبيع قال ( ويجوز بيع الحنطة في سنبها ) بيع الشيء في غلافه لا يجوز إلا بيع الحبوب كالحنطة والاقلاء ( والارز والسمسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقي الا الخضرة والجوز واللوز والفستق في قشره في قوله الاول ) وكذا بيع الحنطة في قوله الجديد واستدل بأن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له والعقد في مثله لا يصح كما اذا بيع تراب الصاعه بمثله

أقول فيه بحث ( قوله وينعكس إلى أن ما لا يجوز إلخ ) أقول ليس ما ذكره عكس تلك القضية ( قوله واستثناءها جائز لكن لا نسلم ) أقول فيه بحث فانه بعد تسليم جواز الاستثناء لا معنى للبحث فأمثل

ولنا ما روى ابن ع. رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العادة وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبله أو فيه نظر لأنه استدلال بمفهوم الغاية والاولى أن يستدل بقوله نهى فإن النهي يقتضي الشروعية كما عرفت (قوله ولا نهى بمتنع به) كأنه جواب عن قوله مستور بما لا منفعة له وتقريره لا نسلم أنه لا منفعة فيه بل هو أي المبيع يشترط بمتنع به ومن أكل الفولية شهد بذلك وإن الجواب المذكور قد تدخر في قشرها قال الله تعالى قد روي في سنبله وهو ارتفاع لا محالة فجاء البيع كببيع الشعير بجامع كونهما ما بين متقومين ينتفع بهما وبيع تراب الصاغة انما لا يجوز إذا بيع بمجنسه لاحتمال الربا حتى إذا بيع بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا وبيع بمجنسه لا يجوز (١٠٧) أيضا الشبهة الربا بحالة قدر ما في السنبلة فإن قيل ما الفرق بين مسئلتنا وبين ما إذا باع حب قطن في قطن بعينه أو يترى عرفت تمر بعينه وهما سميان في كون المبيع مغلفا أجيب بأن الغالب في السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة وهي في سنبله لا يقال هذا حب وهو في القطن وانما يقال هذا قطن وكذلك في التمر اليه أشار أبو يوسف رحمه الله قال (ومن باع دار الخ) الاغلاق جمع غلق بفتح اللام وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح إذا باع دار دخل في البيع أغلقها ببناء على ما تقدمد ما كان موضوعا فيه لانه كان داخلا والاغلاق كذلك لانها مركبة فيها البقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق بلا تسمية لانه كالجزء منه إذا ينتفع به بدونه والداخل في الداخل في الشيء داخل في ذلك الشيء فان قيل عدم الانتفاع بدون شيء لا يستلزم دخوله في بيعه

ولنا ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العادة ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه ما لا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بمجنسه لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا وبيع بمجنسه لا يجوز أيضا الشبهة الربا لانه لا يدري قدر ما في السنبال (ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح أغلقها) لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها البقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه

بجامع استنار بما لا منفعة فيه والمعول في الاستدلال به صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر وفي هذا غرر فانه لا يدري قدر الحنطة الكائنة في السنبال والمبيع ما أريد به الاحب لا السنبال فرجع الى جهالة قدر المبيع والزم على هذا ان لا يجوز بيع اللوز ونحوه في قشره الثاني لكنه تركه للتعامل المتوارث (ولنا ما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض) رواه مسلم وأصحاب السنن الاربعة ويقال زها النخل والثر يزهو وأزهي يزهي لغة في الاشتقاق من الزهو لغتان وأسكر الاصمعي الرباعية يزهي كما نقل النخسري عن الغير انكار يزهو الثلاثية لا يقال أتم لم يهلوا بصدر الحديث لانا نقول قدينا ناعاملون وان الاتفاق على الخطا الذي نهى على بيعها بشرط الترك الى الزهو وقد منعنا ذلك لانه مال متقوم معه يوم (فيجوز بيعه كالشعير في سنبله) بخلاف بيعه بمثل في سنبل الحنطة لاحتمال الربا أما أنه مال متقوم فظاهر وأما أنه مع يوم فلانه مشار اليه وبالإشارة كفاية في التعريف اذا المانع من رؤية عينها لا يحل بدرك قدره في الجملة وليس معرفته على الحرير شرطا والامتنع بيع الصبر بالمشاهدة وأورد المطالبة بالفرق بين ما إذا باع حب قطن في قطن بعينه أو يترى عرفت تمر بعينه أي باع ما في هذا القطن من الحب وما في هذا التمر من النوى فانه لا يجوز بيعه أنه أيضا في غلافه أشار أبو يوسف الى الفرق بأن النوى هناك معتبر عماها الكافي العرف فانه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في تمر ولا حب في قطنه ويقال هذه حنطة في سنبله وهذا اللوز فستق ولا يقال هذه قشور فيها اللوز ولا يذهب اليه وهم (بخلاف تراب الصاغة فانه انما لا يجوز بيعه بمجنسه لاحتمال الربا) حتى لو باع بخلاف جنسه جاز بما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن في الضرع واللحم والشحم في الشاة والالية والا كارع والجلد فيها والدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والعصير في العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز لان كل ذلك منعدم في العرف لا يقال هذا عصير وزيت في حله وكذا الباقى واعلم أن الوجه يقتضي ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج في ذلك كله لانه لم يره (قوله ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح أغلقها) المراد بالغلق ما نسيد ضبة وهذا اذا كانت مركبة لانها تركب للبقاء لا اذا كانت موضوعة

فان الانتفاع بالدار لا يمكن الا بطريق ولا يدخل في بيع الدار فالجواب أن الداخل في الداخل في الشيء داخل لا محالة وقوله الانتفاع بالدار لا يمكن الا بطريق قلنا الانتفاع به لا يمكن الا بالطريق مطلقا ومن حيث السكنى والاول ممنوع فانه يحتتمل أن يكون مراد المشتري أخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع به لا محالة والثاني مسلم ولهذا

(قوله وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية) أقول في نظره نظران (قوله والاولى أي يستدل بقوله نهى الخ) أقول فيه بحث فان في الاستدلال ما ذكره اعتراضا بقساد العقيد (قوله والداخل في الداخل) أقول كيف يكون داخلا وقد قال كالجزء منه فتأمل (قوله والثاني مسلم الخ) أقول ولعل مثل هذا التردد جائز في المنازع فيه فتأمل

اذ لا ينتفع به بدونه قال (وأجرة الكيل ونافذ الثمن على البائع) أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا ادبايع مكيالة وكذا أجرة الوزان والذراع والعداد وأما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد لان النقد يكون بعد التسليم ألا ترى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما يتعلق به حقه من غيره أو ليعرف الميعب ليرده وفي رواية ابن سميعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال (وأجرة وزان الثمن على المشتري لما سئل انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال (ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن أولاً) لان حق المشتري تعيين في المبيع فيقدم دفع الثمن لانه عين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين

في الدار ولهذا لا تدخل الاقفال في بيع الحوانيت لانها لا تتركب وانما تدخل الاقواح وان كانت منفصلة لانها في العرف كالابواب المركبة والمراد بهذه الاقواح ما تسمى في عرفنا بمصدر دراريب الدكان وقد ذكر فيها عدم الدخول ولا معول عليه (وقوله لانه لا ينتفع بها الا به) اوجب بجمع أن شراء الدار مقصور على الانتفاع بذاتها بل قد يكون لغرض مجرد الملك لباخذ بالشفعة بواسطة أو يتجر بها واذ لما كان العقد عليها مقصوراً على ذلك كما في الاجارة أدخلنا الطريق  فرع  يناسب ما نحن فيه من حيث انه يتناول البيع بلا تنقيص من المالك عليه وان كان في معنى آخر اشترى ما يتسارع اليه الفساد ولم يقبضه المشتري ولم يتقد الثمن حتى غاب كان البائع أن يبيعه من آخر ويحل للمشتري الثاني أن يشتريه وان كان يعلم بالحال لان المشتري الاول رضى بهذا ففسخ دلالة فيحل للبائع بيعه وحل للمشتري أن يشتريه وانما كتبها لانها كثيرا ما تقع في الاسواق (قوله وأجرة الكيل ووزان المبيع وذراعه وعادته) ان كان البيع بشرط الكيل والوزن أو الذراع أو العدة (على البائع) لان عليه ايفاء المبيع ولا يتحقق ذلك الا بكيله ووزنه ونحوه ولا بكل من ذلك يميز ملكه عن ملك غيره ومعلوم أن الحاجة الى هذا اذا باع مكيالة أو موازنة ونحوه اذ لا يحتاج الى ذلك في المجازفة وأجرة وزان الثمن على المشتري باتفاق الاثنية الاربعة لانه يحتاج الى تسليم الثمن وتمييزه عنه فكانت مؤنثة عليه وأما أجرة نافذ الثمن فاختلف الرواة والمشايع فروى ابن رستم عن محمد انه على البائع وهو المذكور في المختصر ووجهه ان النقد يحتاج اليه بعد التسليم وحيثئذ يكون في يد البائع وهو المحتاج اليه لاحتياجه الى تمييز حقه وهو الجيد عن غير حقه وروى ابن سميعة عنه انه على المشتري وبه كان يفتي الصدر الشهيد لانه يحتاج الى تسليم الجيد وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدر بالوزن وبه يعرف القدر بالوزن وبه كان يفتي الصدر الشهيد وأجرة وزن الثمن على المشتري لانه المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم

دخل الطريق في الاجارة ولكن ليس الكلام في ذلك والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم ان اتصل بالبناء من خشب كان أو حجر يدخل وان لم يتصل لا يدخل قال وأجرة الكيل ونافذ الثمن اذا باع المكيل مكيالة أو الموزون موازنة أو المعدود عددا واحتاج الى أجرة الكيل والوزان والعداد فهي على البائع لان التسليم واجب عليه وهو لا يحصل الا بهذه الاعمال وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وأما أجرة نافذ الثمن ففي رواية ابن رستم عن محمد هي على البائع وهو المذكور في المختصر وفي رواية ابن سميعة عنه على المشتري وجهه الاول ان النقد يكون بعد التسليم لانه انما يكون بعد الوزن وبه يحصل التسليم والبائع هو المحتاج الى النقد ليميز ما يتعلق به حقه من غيره أو يعرف الميعب ليرده ووجه الثانية ان المشتري هو المحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن وبه كان يفتي الصدر الشهيد وأجرة وزن الثمن على المشتري لانه المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم

تحتقيق المساواة قال (ومن باع سلعة بسلعة أو غنابثين قيل له ما سلعا معا) لاستواءهما في التعيين فلا حاجة الى تقديم أحدهما في الدفع

ولو أخذ بالثمن كفيلا أو رهن المشتري بدراهما مال الزأ حال البائع به عليه وقبل سقط حق الجبس وكذا اذا أسأل المشتري البائع بعند أبي يوسف وعن محمد فيه روايتان في رواية كقول أبي يوسف وفي رواية اذا أحال البائع بمرجلا سقط واذا أحال المشتري البائع بدلا سقط ومالم يسلم المبيع هو في ضمان البائع في جميع زمان حبسه فلهذا في يد البائع بفعله أو بفعل المبيع بنفسه بان كان حيا وانما يقتل نفسه أو بأمر سواه يظل البيع فان كان قبض الثمن أعاده الى المشتري وان كان بفعل المشتري فعله عنه ان كان البيع مطلقا أو بشرط الخيار للمشتري وان كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسدا الزمه ضمان مثله ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيميا وان ذلك بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وعاد المبيع الى ملك البائع ويضمن له الجاني في المثل والمثل والقيمة فان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل لا يطيب له وان كان من خلافه طاب وان شاء اختار البيع واتبع الجاني في الضمان فان له ذلك وعليه الثمن للبائع فان كان في الضمان فضل فعلى ذلك التفصيل (قوله ومن باع سلعة بسلعة أو غنابثين قيل له ما سلعا معا لاستواءهما في تعيين حق كل منهما) قبل التسليم فيجب تقديم دفع أحدهما بعينه على الآخر حكيم فبدفعان معا ولا بد من معرفة التسليم والتسليم الموجب للبراءة في التجريد تسليم المبيع أن يحل بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل وكذا تسليم الثمن وفي الاجناس يعتبر في صحة التسليم ثلاثة معان أن يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتأتى فيه الفعل من غير مانع وان يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره وعن البري المتاع غير البائع لا يمنع فلو أذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع ودعة عنده وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول القبض أن يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه ويقول المشتري وهو عند البائع قبضته فان أخذه برأسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة كان أو بعيرا وان كان غلاما أو جارية فقال له المشتري تعال معي أو امش بخطى معي فهو قبض وكذا لو أرسله في حاجته وفي الثوب ان أخذه بيده أو خلى بينه وبينه وهو موضوع على الارض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض في البيع الفاسد بالتخلية ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البائع المفتاح اليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض وان دفعه ولم يقل شيئا لا يكون قبضا ولو باع دارا غائبة فقال سلمتها اليك وقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان قبضا وهي أن تكون بحال بقدر على اغلاقها وما لا يقدر على اغلاقها فهي بعيدة وأطلق في المحيط أن بالتخلية يقع القبض وان كان المبيع بعد عنهما وقال الخوافي ذكر في النوادر اذا باع ضيعة وخلى بينا وبين المشتري ان كان يقرب منها بصير قابضا أو ببعد لا يصير قابضا قال والناس عنه غافلون فانهم يشترطون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض وفي جامع شمس الأئمة يصح القبض وان كان العدة غائبة عنهم عند أبي حنيفة خلافا لهما وفي جمع النوازل دفع المفتاح في بيع الدار تسليم اذا تمها له فتجسس من غير تكلف وكذا اذا اشترى بقرا في السرح فقال البائع اذهب واقبض ان كان يرى بحيث يمكنه الإشارة اليه يكون قبضا ولو باع خلا ونحوه في دن وخلى بينه وبين المشتري في دار نفسه وختم المشتري على الدن فهو قبض ولو اشترى ثوبا فأمره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى أخذه انسان ان كان حين أمره بقبضه أمكنه من غير قيام صح التسليم وان كان لا يمكنه الا بقيام لا يصح ولو اشترى طيرا في بيت والباب مغلق فأمره البائع بالقبض فلم يقبض حتى هبت ريح ففتحت الباب فطار لا يصح التسليم وان فتحه المشتري فطار صح التسليم لانه يمكنه التسليم بأن يحتاط في الفتح ولو اشترى فرسا في حظيرة فقال البائع سلمتها اليك ففتح المشتري الباب فذهب الفرس ان أمكنه أخذهما من غير عون كان قبضا وهو تأويل مسألة الطير وفي مكان آخر من غير عون ولا حبل ولو اشترى دابة والبائع

قال ومن باع سلعة ببيع السلعة معجلا إما أن يكون بثمن أو بسلعة فان كان الاول يقال للمشتري ادفع الثمن أولا لان حق المشتري تعيين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليعتبرين حق البائع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة في تعيين حق كل واحد منهما وفي المالية أيضا لان الدين أنقص من العين وعلى هذا اذا كان المبيع غائبا عن حضرتهما فالمشتري أن يمنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليمكن من قبضه وان كان الثاني يقال له ما سلعا لاستواءهما في التعيين فلا يحتاج الى تقديم أحدهما بالدفع والله أعلم بالصواب

قال (خيار الشرط: ما يبيع نارة يكون لازماً أو أخرى غير لازم) واللازم ما لا خيار فيه بعد وجوده شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار ولما كان اللازم أقوى في كونه بيعاً قدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لأنه يمنع ابتداء الحكم ثم خيار الرؤية لأنه يمنع تمام الحكم ثم خيار العيب لأنه يمنع (١١٠) لزوم الحكم وانما كان علة في منع الحكم دون السبب لأن من حقه أن لا يدخل في

باب خيار الشرط

قال خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري (ولهما الخيار ثلاثة أيام فساد وثباتها) والاصل فيه ما روى أن حبان بن منقذ بن عمرو والنصارى رضى الله عنه كان يغيب في البياعات فقال له النبي عليه الصلاة والسلام اذا بايعت فقل لا خلافة ولا خيار ثلاثة أيام

واكبره فقال المشتري اجنني معك فعمله فعميت عليك على المشتري قال القاضي الامام هذا اذا لم يكن على الدابة سرج فان كان عليه اسرج وركب المشتري في السرج يكون قابضاً والافلا ولو كانا راكبين فباع المالك منهما الاخر لا يصير قابضاً كما اذا باع الادار والبائع والمشتري فيهما معا

باب خيار الشرط

قد عرف أن البيع علة لحكمه من لزوم تعاكس المالكين في البدلين والاصل ان لا يتخلف حكم العلة عنها فقدم ما هو الاصل ثم شرع يذكر ما يتعلق بالعلة التي تخلف عنها مقتضاها وهو البيع بشرط الخيار وظهر أن شرط الخيار مانع ثابت على خلاف القياس لئلا يفسد البيع على ما روى عن النبي عليه السلام في بيع وشروط ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسماء ومعنى لاحكام والمستلزم علة اسماء ومعنى وحكم وقد عرف ذلك من اصطلاحهم في الاصول والموانع خمسة اقسام مانع يمنع انعقاد العلة وهو حصرية المبيع فلا ينعقد المبيع في الحر لان العلة لا تنعقد الا في محله او محل البيع المالك والحر ليس بمالك فلا وجود للبيع أصلاً فيه كانه قطاع الوتر يمنع أصل الرمي بعد القصد اليه ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف الى مال الغير كاصابة السهم بعد الرمي في ثياب فرد عن سنه ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استئثار المرمي اليه بترس يمنع من اصابة الغرض منه ومانع يمنع تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية للمشتري ومانع يمنع لزومه كخيار العيب واطرافه الخيار الى الشرط على حقيقة الاضافة وهي اضافة الخيار الى سببه اذ سببه الشرط وحين ورد شرعته جعلناه داخلاً في الحكم مانعاً من ثبوته تقليل العمل به بقدر الامكان وذلك لان علة اثبات الخطر في ثبوت الملك وبذلك يشبه القمار فقلنا شبهه وقلنا أن يقول القمار ما حرم لعن الخطر بل باعتبار تعليق الملك به لم يضعه الشرع سبباً للملك فان الشارع لم يضع ظهور العدد الفلاني في ورقة مثلاً سبباً للملك والخطر طرد في ذلك لا أثر له ثم نجه أن يقال اعتبرناه في الحكم تقليل بخلاف الاصل وأما كونه فيه غشراً وقد نهى عن بيع الغرر فذلك الغرر في المبيع وهذا في أن الملك هل يثبت أولاً (قوله خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري وله ما ثلثة أيام) يروى بنصب ثلثة أيام على الطرفين أي في ثلثة ورفعه على أنه خبر مبتدأ محذوف أي هو ثلثة أيام ثم في فتاوى قاضي حبان اذا شرط الخيار لهما لا يثبت حكم العقد أصلاً ويثبت الخيار في البيع الفاسد كالصحيح (قوله والاصل فيه ما روى أن حبان بن منقذ بن عمرو والنصارى رضى الله عنه كان يغيب في البياعات الحديث روى الحاك في

البيع لكونه في معنى التنازل ولكن لما جاءت به السنة لم يكن بد من العمل به فأنظرنا في منع الحكم تقليل العمل به قدر الامكان لان دخوله في السبب مستلزم الدخول في الحكم دون العكس وهو على أنواع فاسد بالاتفاق كما اذا قال اشتريت على اني بالخيار أو على اني بالخيار بأما أو على اني بالخيار أبداً أو جائز بالاتفاق وهو أن يقول على اني بالخيار ثلاثة أيام فساد وثباتها ويختلف فيه وهو أن يقول على اني بالخيار شهر أو شهرين فانه فاسد عند أبي حنيفة وزفر والشافعي جائز عند أبي يوسف ومحمد سواء كان لأحد العاقلين أو لهما جميعاً أو بشرط أحدهما الخيار لغيره وجه قول أبي حنيفة في الخلاف ما روى أن حبان بن منقذ كان يغيب في البياعات لما مومة أصابت رأسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلافة ولا خيار ثلاثة أيام والخلافة الخداع ووجه الاستدلال ان شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وكل ما هو كذلك فهو مفسد الا اذا جاوزنا هذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه فان قيل كيف جاز للبائع المستدرك

باب خيار الشرط

(قوله ولما كان اللازم أقوى في كونه بيعاً قدمه على غيره) أقول فان قيل ما قدمه ليس هو البيع اللازم بل البيع المطلق المتناول للزوم وغيره قلنا يكفي في التقدمة تناوله اللازم وأمر العبارة سهل



والمدكور في النص هو المشتري فكما عديتم فيمن له الخيار فليست عدي في مدته فالجواب ان في النص اشارة الى ذلك وهو لفظ المفاعلة ولان  
البائع في معنى المشتري في معنى المناط فيخلق به دلالة وكثير المدة ليس كقليلها (١١١) لان معنى الفرق يتمكن بزيادة المدة فيزداد

الغرر وهو مفسد  
ولهما حديث ابن عمر  
رضي الله عنهما أن النبي  
صلى الله عليه وسلم أجاز  
الخيار الى شهرين ولان  
الخيار انما يسرع للحاجة  
الى التأمل ليندفع الغبن  
وقد عس الحاجة الى الاكثر  
فكان كثير المدة كقليلها  
فيلحق به وصار كالتأجيل  
في الثمن فانه جائز قلت المدة  
أو كثرت للحاجة  
والجواب أن حديث حبان  
مشهور فلا يعارضه حكاية  
حال ابن عمر سلما انه ماسوا  
لكن المذكور في حديث  
ابن عمر مطلق الخيار فيجوز  
أن يكون المراد به خيار الرؤية  
والعيب وانه أجاز الردهما  
بعد الشهرين ولا نسلم أن  
كثير المدة كالقليل في  
الحاجة فان صاحب الخلابة  
كان مصابا في الرأس فكان  
أحوج الى الزيادة فاو زادت  
كان أولى به فدل على أن  
المقدر لنفي الزيادة سلما  
لكن في الكثير معنى الغرر  
أزيد وقد تقدم والقياس  
على التأجيل في الثمن غير  
صحح لان الاجل يشترط  
للقدر على الاداء وهي انما  
تكون بالكسب وهو  
لا يحصل في كل مدة فقد  
يحتاج الى مدة طويلة

(ولا يجوز أكثر منها عند أبي حنيفة) وهو قول زفر والشافعي وقالا (يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث  
ابن عمر رضي الله عنهما انه أجاز الخيار الى شهرين)

المستدرك من حديث محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر قال كان حبان بن منقذ بن عمرو رجلا  
ضعيفا وكان قد أصابته في رأسه مأومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار الى ثلاثة ايام  
فيما اشتره وكان قد ثقل لسانه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم بيع وقل لا خلابة وكان يشتري  
الشيء فيجيء به الى أهله فيقولون له هذا غال فيقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خبرني في بيعي  
وسكت عليه وحبان يفتح الحاء المهملة ومنقذ بالهمزة ورواه الشافعي من طريق محمد بن اسحق قال أخبرنا  
سفيان عن محمد بن اسحق به ثم قال الشافعي رحمه الله والاصل في بيع الخيار أنه فاسد ولكن لما شرط  
رسول الله صلى الله عليه وسلم في المصرة خيار ثلاثة ايام في البيع وروى أنه جعل لحبان بن منقذ خيار  
ثلاث فبما ابتاع انتهى الى ما قال صلى الله عليه وسلم وأخرجه البيهقي في سننه عن ابن عمر سمعت رجلا  
من الانصار يشكو الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يزال يغبن في البيوع فقال له اذا بايعت فقل  
لا خلابة ثم أنت بالخيار في كل ساعة ابتعتها ثلاث ليال قال ابن اسحق فحدث به محمد بن يحيى بن حبان  
قال كان جدي منقذ بن عمرو وقد أصيب في رأسه وكان يغبن في البيع فذكر نحوه ورواه ابن ماجه عن  
محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو وكان قد أصابه أمة في رأسه فكسرت أسنانه وكان  
لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن فأقنى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له الحديث وهو يقتضي  
أن المقول له منقذ بن عمرو ولا حبان انبه ولا شك أن هذا منقطع وغلط من عزاه لابن داود وكذا رواه  
بخاري في تاريخه الاوسط عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو وقد ذكره قال وعاش  
مائة وثلاثين سنة والحديث وان دار على ابن اسحق فالاكثر على توثيقه ورجع مالك عما قال فيه ذكر  
ذلك السهيلي في الروض الانف وكذا رواه ابن أبي شيبة عن محمد بن يحيى بن حبان قال قال عليه الصلاة  
والسلام لمنهذين عمر وقل لا خلابة واذا بيعت بيعا فانت بالخيار ولا شك أن كون الواقعة لحبان أرجح  
لان هذا منقطع وذلك موصول هذا وشرط الخيار يجمع عليه وأما ما روى في الموطأ والصحيح عن ابن  
عمر أن رجلا ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه يخدع في البيوع فقال اذا بايعت فعل لا خلابة ولا خلابة  
الخديعة فليس فيه دليل على المقصود والعجب ممن قال الاصل في جواز شرط الخيار ثم ذكر هذا الحديث  
وهو لا عس المطلوب (فرع) يجوز الخاق خيار الشرط بالبيع لو قال أحدهما بعد البيع ولو بأيام جعلته  
بالخيار ثلاثة ايام صح بالاجماع حتى لو شرط الخيار بعد البيع البات شهرا ورضياه فسد العقد عند  
أبي حنيفة خلافا لهما ولو أحقابه شرطا فاسدا بطل الشرط ولا يفسد العقد في قولهما ويفسد في قول  
أبي حنيفة ولو باع على أنه بالخيار على أن له أن يستغله ويستخدمه جاز وهو على خياره ولو قال في بيع بستان  
على أنه بالخيار على أن له أن يأكل من ثمرته لا يجوز لان الثمر له حصصة من الثمن وليس للبائع أن يطالب  
بالتن قبل أن يسقط المشتري خياره ولو قال له أنت بالخيار كان له خيار ذلك المجلس فقط ولو قال الى  
الظهر فعند أبي حنيفة يستمر له الى أن يخرج وقت الظهور وعندهما لا تدخل الغاية (قوله ولا يجوز  
أكثر منها) أي من ثلاثة ايام عند أبي حنيفة (وهو قول زفر والشافعي) وكما لا يجوز عند أبي حنيفة  
اذا زاد على ثلاثة ايام كذلك لا يجوز اذا أطلق (وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي  
الله عنهما أجاز البيع الى شهرين) وهذا دليل جزم الدعوى لان اجزاء أكثر من ثلاثة ايام طالت المدة

(قوله والجواب ان حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر رضي الله تعالى عنهما) أقول فيه بحث اذا لامعارضه بينهما  
حتى يحتاج الى الترجيح فان مفهوم العدد ان كان حجة لا يساوى المنطوق حتى يعارضه فليتامل فان لمنع مجالا ثم أقول ذكره حكاية الحال  
يناسب الجواب الثاني والملائم لهذا المقام تعرضه لعدم الشهرة

ولأن الخيار انما شرع للحاجة الى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فقصار كالتأجيل في  
الثنى ولا يى حنفية ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو الزوم وانما يجوزناه بخلاف القياس  
لمادويناه من النص فيقتصر على المدد المذكورة فيه وانتشرت الزيادة

أوقصرت وحديث ابن عمر بقيد جواز أكثر من الثلاثة بمدة خاصة لا غير (لأن الخيار انما شرع  
للحاجة الى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فقصار كالتأجيل في الثنى) شرع للحاجة  
الى التأخير مخالفاً لمقتضى العقد ثم جاز أى مقدار تراضيا عليه وبقولهما قال أحمد لقوله عليه الصلاة  
والسلام المسلمون عند شروطهم وقال مالك اذا كان المبيع مما لا يبقى أكثر من يوم كالفأ كهيئة لا يجوز  
أن يشترط الخيار فيه أكثر من يوم وان كان ضيعة لا يمكن الوقوف عليها في ثلاثة أيام يجوز أن يشترط  
أكثر من الثلاثة لأنه شرع للحاجة ويمكن أن يقال لم يتعين اشتراط الاكثر طريقاً لأنه ان كان لا مكان  
أن يذهب فيرا عا قبل الشراء ثم يشترى لا حاجة الى شرط الخيار أصلاً لأن خيار الرؤية ثابت له ولو تأخرت  
رؤيته سنة وان كان للتروى في أمر هام ل تساوى الثمن المذكور أولاً وهى منتفع بها على الكمال أولاً  
وان لم ير هافه هذا لا يتوقف على أكثر من الثلاثة لأنه يعرف بالسؤال والمراجعة للناس العارفين وذلك  
يحصل في مدة الثلاث وأما ما يتسارع اليه الفساد حكمه مسطور في فتاوى القاضى اشترى شيئاً  
يتسارع اليه الفساد على أنه بالخيار ثلاثة أيام في القياس لا يجبر المشتري على شئ وفي الاستحسان يقال  
للمشتري أما أن تفسخ البيع وإما أن تأخذ المبيع ولا شئ عليك من الثمن حتى تجيز البيع أو يفسد  
المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين وهو نظير ما لو ادعى في يدرجل بشراء شئ يتسارع اليه الفساد  
كالسمكة الطرية ويحده المدعى عليه وأقام المدعى البينة ويخاف فسادها في مدة التزكية فان القاضى بأمر  
مدعى الشراء أن يتقدم الثمن ويأخذ السمكة ثم القاضى يبيعهما من آخر ويأخذ ثمنها ويضع الثمن الاول  
والثانى على يد عدل فان عدلت البينة يقضى لمدعى الشراء بالثمن الثانى ويدفع الثمن الاول للبائع ولو ضاع  
الثمنان عند العدل يضيع الثمن الثانى من مال مدعى الشراء لان بيع القاضى كبيعه ولو لم تعدل البينة  
فانه يضمن قيمة السمكة للمدعى عليه لان البيع لم يثبت وبقي أخذ مال الغير بجهة البيع فيكون مضموناً  
عليه بالقيمة وجه قول أبى حنيفة (أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو الزوم) ثبت نصاً على  
خلاف القياس في المدة المذكورة للتروى فيما يدفع الغبن عنه ولا شك أن النظر لاستكشاف كونه في  
هذا المبيع مغبوناً أو غير مغبون مما يتم في ثلاثة أيام بل في أقل منها فان معرفة كونه مغبوناً في هذه  
الصفة أولاً ليس من العلوم البالغة في الخفاء والاشكال يحتاج في حصوله الى مدة تزيد علمه افسكان الزائد  
على الثلاث ليس في محل الحاجة اليه لحصول المعنى المذكور فلا يجوز الحاقه بالثلاث دلالة كلاً لا يجوز  
بالقياس ولو فرض من الغباوة بحيث لا يستفيد كونه مغبوناً لم يعذر ولا يبنى الفقه باعتباره لان مثله  
زائل العقل وبهذا يظهر أن قول ابن الجوزى في التحقيق في حديث حبان أنه خرج مخرج الغالب غير  
صحيح ولأنه عليه الصلاة والسلام ضرب الثلاث لمن كانت غاية في ضعف المعرفة على ما ذكر في أمر  
حبان انه كان رجلاً ضعيفاً وكان بدماعه مأمومة أفسدت حاله أو أنه منقذ وكان قد أصابته أمة في رأسه  
فكسرت لسانه ونازعت عقله وبلغ من السن مائة وثلاثين سنة كما في تاريخ الجاوى الاوسط فأى حالة  
تزيد على هذه من الضعف لا عدم العقل بالكلية ومع ذلك لم يجعل له النبي صلى الله عليه وسلم سوى ثلاثة  
أيام فلا شك في منع الزائد مع أنه وجد في السمع ما يفيقه صريحاً وهو وان لم يبلغ درجة الخلة فلا شك أنه  
يستأنس به بعد تمام الخلة وهو ما روى عبد الرزاق من حديث أبان بن أبى عياش عن أنس أن رجلاً  
اشترى من رجل بعيراً وشرط عليه الخيار أربعة أيام فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع وقال  
الخيار ثلاثة أيام لأنه أعل بايان مع الاعتراف بأنه كان رجلاً صالحاً وكذا أخرج الدارقطنى عن نافع

(قوله الا انه اذا اجاز يجوز ان يكون استثناء من قوله ولا يجوز كثر منها او معناه لا يجوز كثر منها لكن لو ذكر كثر منها واجاز من له الخيار في الثلاث حاز ويجوز ان يكون من قوله فيستصير على المدة المذكورة بالترجيح المذكور والاول اولى لقوله خلافا لفرقنا مل وزفر يقول ان هذه اذ قد انعقد فاسدا والفساد لا يتقلب جائزا لان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين واشترى عبدا بأخرب بطل خمر ثم أسقط الدرهم الزائد وأبطل الخمر ولكن تزوج امرأته وتحتته أربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بتحقيقه تكاح الخامسة ولا يحنيفة أنه أسقط المفسد قبل تقرر ما علم ان المشايخ رحمهم الله اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء على قول أبي حنيفة فذهب العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم يتقلب صحيا بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع وذهب أهل خراسان واليه مال شمس الأئمة السرخسي الى انه موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد فقوله انه أسقط (١١٣) المفسد قبل تقرر أي قبل معنى ثلاثة أيام

تعليلا على الرواية الاولى وتقريره ان العقد فاسد في الحال يحكم الظاهر لان الظاهر دوامها على الشرط فاذا أسقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع زال الموجب للفساد فيعود جائزا وهذا لان هذا العقد لم يكن فاسدا بعينه بل لمافيه من تغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع فاذا زال المغير عاد جائزا فصار كما اذا باع بالرقم وهو ان يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم به الدلال أو غيره عن الثوب ولا يعلم المشتري ذلك فاذا قال بعثك هذا الثوب برقه وقبل المشتري من غير أن يعلم المقدار انعقد البيع فاسدا فان علم المشتري قدر الرقم في المجلس وقبضه انقلب جائزا بالاتفاق (قوله ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع) تعليلا على الرواية الثانية وتقريره ان اشتراط الخيار

(الا انه اذا اجاز في الثلاث) جاز عند أبي حنيفة خلافا لفرقنا يقول انه انعقد فاسدا فلا يتقلب جائزا وله انه أسقط المفسد قبل تقرر فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم وأعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول

عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الخيار ثلاثة أيام وفيه أحد بن ميسرة مستروك وأما ما استدلوا من حديث ابن عمر المذكور في الكتاب فلا يعرف في شيء من كتب الحديث والآثار وأما القياس على الأجل فنقول بوجبه ولا يضرنا فان الشارع لما شرع الأجل على خلاف القياس شرعه مطلقا فلما باطله وهنا لما شرع الخيار شرعه مقيدا بثلاثة أيام أو بثلاث ليال فعملنا بتقييده حتى له أنه لو شرع الأجل أيضا مقيدا لكانت قاعدة كتمان القول لا يرد عليه أيضا ولو جوب الاقتصار على مورد النص نقل عن سفيان الثوري وابن شبرمة أن شرط الخيار للبائع لا يجوز لان نفس الخيار ما وردا لا للمشتري قلنا ممنوع بل لا ديم فانه صلى الله عليه وسلم قال له اذا بايعت وهو يصدق بكونه بائعا ومشتريا (قوله الا انه) استثناء من قوله ولا يجوز كثر منها أي لا يجوز في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته داخل الثلاثة (عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلافا لفرقنا) وبه قال الشافعي (هو) أي زفر (يقول انه) أي العقد (انعقد فاسدا فلا يتقلب جائزا) كما اذا باع الدرهم بدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لا يقع صحيا أو باع عبدا بألف ورطل خمر ثم أسقط الخمر وهذا لان البقاء على حسب الثبوت فان الباقي هو الذي كان قد ثبت (ولابي حنيفة أنه) أي من له الخيار (أسقط المفسد) وهو اشتراط اليوم الرابع (قبل تقرر) أي قبل ثبوته وتحقيقه لان ثبوته بمضي ثلاثة أيام فيعود جائزا (كما اذا باع بالرقم وعلمه بالمجلس فرضي به) وهذا لان المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصله بالرقم وهو بعرض الفصل قبل مجيئه فاذا أسقطه فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيا ثم اختلف المشايخ في حكم هذا العقد في الابتداء فعند مشايخ العراق حكمه الفساد بحسب الظاهر اذا انظر دوامها على الشرط فاذا أسقطه تبين الامر بخلاف الظاهر فينقلب صحيا وقال مشايخ خراسان والامام السرخسي وفرق الاسلام وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر هو موقوف وبالإسقاط قبل الرابع ينعقد صحيا واذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الا ان وهو الوجه كذا في الظهيرية والذخيرة وذكر الكرخي نصا عن أبي حنيفة أن البيع موقوف على اجازة المشتري وأثبت للبائع حتى الفسخ قبل

(١٥ - فتح القدير خامس) غير مفسد للعقد وانما المفسد اتصال اليوم الرابع بالايام الثلاثة فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان صحيا والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد وهو البطلان فلم يمكن دفعه وفي مسئلتنا في شرطه فامكن

(قوله لكن لو ذكر كثر منها واجاز من له الخيار في الثلاث حاز) أقول لكن لو ذكر كثر منها بشرا الى ان الاستثناء منقطع والظاهر الاول أن يحمل على الاتصال أي لا يجوز كثر منها في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته في الثلاث فليست بدرو قوله (فقتصر على المدة المذكورة) من ثمة الدليل فلا يلائم ذكر الخلاف في حيز الاستثناء المعلق به (قوله والاول اولى لقوله خلافا لفرقنا مل) أقول يعني ان ذكر الخلاف يدل على تعليل الاستثناء بتقرر المسئلة على ما هو رأيهم في تفريع الخلاف (قوله والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد الخ) أقول وكذلك الفساد في البيع بالرقم في صلب العقد لجهالة الثمن فلا بد من الفرق

قال (ولو اشترى على انه ان لم ينقذ الثمن اذا اشترى على انه ان لم ينقذ الثمن فلا يبيع بينهما فلو علق وجوه فاما ان قال على انه ان لم ينقذ الثمن فلا يبيع أو قال على انه ان لم ينقذ الثمن أياما فلا يبيع وهما فاسدان أو قال على انه ان لم ينقذ الثمن الى ثلاثة أيام فلا يبيع بينهما وهو جائز عند علمائنا الثلاثة والقياس وهو قول زفر أن لا يجوز لما نه بيع شرط فيه اذالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد واشترط الاقالة في البيع مثل أن يقول بعثك هذا بشرط أن تقبل البيع مفسدا لكونه على خلاف العقد فاشترط فاسدها أولى أن يفسد واستحسن العلماء جوازه ووجهه ان عذافي معنى شرط الخيار من حيث الحاجة اذا الحاجة مست الى الانقراض عند عدم النقد تحرز عن الماطلة في الفسخ وإذا كان في معناه كان ملحقا به وردبأنا لان لم أنه في معناه لان هنالك لو سكت حتى مضت المدة ثم العقد وههنا لو سكت حتى مضت المدة بطل العقد وأجيب بأن النظر (١١٤) في الالحاق انما هو الى المعنى المناط للحكم وهي الحاجة وهي موجودة

فيها أو الزائد على ذلك فلا معتبر به وقد قررناه في التقرير فان قيل الحاجة تندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام فانه ان لم ينقذ الثمن انفسخ العقد حتى يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه أجيب بأن من له الخيار لا يقدر على الفسخ في قول أبي حنيفة ومحمد إلا بحضرة الآخر وعسى يتعذر ذلك فكانت الحاجة باقية وأما اذا زاد على ثلاثة أيام فقد اختلفوا فيه لم يجوز أبو حنيفة وأبو يوسف وجوزه محمد

(ولو اشترى على انه ان لم ينقذ الثمن الى ثلاثة أيام فلا يبيع بينهما جاز والى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجوز الى أربعة أيام أو أكثر فان نقد في الثلاث جاز في قولهم جميعا) والاصل فيه ان عذافي معنى اشتراط الخيار اذا الحاجة مست الى الانقراض عند عدم النقد تحرز عن الماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به

الاجازة لان لكل من المتعاقدين حق الفسخ في البيع الموقوف ولا يخفى أنه لا معنى للفساد بحسب الظاهر دون الباطن لعدم الفساد في نفس الامر الى أن يدخل الرابع فيثبت الفساد في نفس الامر حقيقة القولين لا فساد قبل الرابع بل موقوف ولا يتحقق الخلاف إلا أن يكون القرض أن الفساد نابت على وجه يرتفع شرعا باسقاطه خيار الرابع قبل مجيئه وهذا هو ظاهر الهداية حيث قال ينقذ فاسدا ثم يرتفع الفساد بخذف الشرط وقوله وهذا على الوجه الاول يعني قوله أسقط المفسد قبل تقررده وهو كالقلب فان التعليل هو الذي يبنى على الاصل لأن أصل القاعدة يبنى على التعليل والجواب عن المسائل المقيس عليها الزفر أن الفساد فيها في صلب العقد لانه بسبب المبيع وهو البديل فلم يمكن رفعه وخفى شرطه وكما ينقلب العقد جائزا اذا أسقط الخيار قبل مضي الثلاثة وكذلك لو اعتق العبد أو مات العبد أو المشتري أو أحدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب جائزا في قول أبي حنيفة ويلزمه الثمن (قوله ولو اشترى على انه ان لم ينقذ الثمن الى ثلاثة أيام فلا يبيع بينهما جاز) والمتفق به هذا الشرط هذا هو البائع وكذا الوقبض الثمن وقال ان رده البائع الى ثلاثة أيام فلا يبيع يجوز هذا البيع بهذا الشرط ويصير كخيار الشرط حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو أعتقه المشتري لا ينقذ عتقه ولو أعتقه البائع نفذ (والى أربعة أيام لم يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف) فان نقد الثمن قبل مضي الثلاثة ثم البيع وان لم ينقذه فيها فاسد البيع ولا ينفسخ نص عليه ظهير الدين وقال لا بد من حفظ هذه المسئلة حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده عتق لان كان في يد البائع (وقال محمد يجوز الى أربعة أيام أو أكثر) على قياس قوله في شرط الخيار (فان دفع الثمن في الثلاثة جاز في قولهم جميعا والاصل فيه) أي في صحة هذا البيع الى ثلاثة أيام في الثمن (ان هذا في معنى اشتراط الخيار فيخلق به دلالة لا قياسا والدلالة لا يشترط فيها سوى التساوي) وفهم المحقق بمجرد دفعهم الاصل مع فهم الاصل مع فهم اللغة وكل من علم صحة اشتراط الخيار للثمن ثلاثة أيام لكل من المتبايعين تبادر اليه أن

قال المصنف (ولو اشترى على انه ان لم ينقذ الثمن الى ثلاثة أيام الخ) أقول قال الامام القاضي ظهير الدين ههنا مسئلة لا بد من حفظها وهي انه اذا لم ينقذ الثمن الى ثلاثة أيام يفسد البيع

ولا ينفسخ حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده نقد عتقه وان كان في يد البائع لا ينقذ وعلى هذا اذا اشترى عبدا شرعيته ونقد الثمن على أن البائع ان رد الثمن فلا يبيع بينهما جاز البيع بهذا الشرط بمنزلة شرط الخيار حتى اذا قبض المشتري يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو أعتقه المشتري لا ينقذ ولو أعتقه البائع ينقذ اه ولا يخفى عليك مخالفة هذا المنقول لاشارة قول المصنف اذا الحاجة مست الى الانقراض عند عدم النقد ولتصرح الشارحين أنه ينفسخ العقد عند عدم النقد الا أن يثبت في المسئلة روايتان (قوله فان قيل الحاجة تندفع الى قوله يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه) أقول فيه بحث لأن شرط الخيار مخالف للقياس لكن المراد قياس زفر (قوله أجيب بأن من له الخيار الى قوله لا يجوز الا بحضرة الآخر الخ) أقول فيه بحث فانه ذكر ظهير الدين انه لا ينفسخ بعض المدة بل يفسد العقد نقل عنه في النهاية وغيره

أما أبو حنيفة فقد مر على أصله في المحقق به وفي الزيادة على الثلاث وكذلك محمد مر على أصله في تجويز الزيادة في المحقق به وأبو يوسف احتج إلى الفرق بين المحقق والمحقق به في جواز الزيادة في الثاني دون الأول ووجه ذلك ما قال المصنف وأبو يوسف أخذ في الأصل بالآخر وفي هذا بالقياس وتفسيره على وجهين أحدهما أن المراد بالأصل شرط الخيار وبقوله في هذا قوله وإن لم يتقد الثمن إلى أربعة أيام والمراد بالآخر ما روى عن ابن عمر أنه أجاز الخيار إلى شهرين ومعناه تركنا القياس في المحقق به وهو شرط الخيار بأثر ابن عمر والقياس في المحقق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه والثاني أن يكون معناه أخذ أبو يوسف في الأصل أي في ثلاثة أيام بأثر ابن عمر وهو ما روى أن عبد الله بن عمر باع ناقه له من رجل بشرط أنه إن لم يتقد الثمن إلى ثلاثة (١١٥) أيام فلا بيع بينهما (وفي هذا) أي في الزائد على الثلاثة أيام

(بالقياس) وهو يقتضي عدم الجواز كما مر (قوله) وفي هذه المسئلة قياس (آخر) تقدم معناه قال (وخيار) البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه (قد تقدم أن خيار الشرط قد يكون لاحد المتعاقدين وقد يكون لهما جميعا فإذا كان للبائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والثمن يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق وإذا كان للمشتري فالمبيع يخرج عن ملك البائع بالاتفاق فإذا كان لهما لا يخرج شيء من المبيع والثمن عن ملك البائع والمشتري بالاتفاق فإذا خرج المبيع عن ملك البائع والثمن عن ملك المشتري هل يدخل في ملك المشتري والبائع فيه خلاف قال أبو حنيفة لا يدخل وقال لا يدخل أما دليل عدم خروج المبيع عن ملك البائع في الصورة الأولى فلما

وقد مر أبو حنيفة على أصله في المحقق به وفي الزيادة على الثلاث وكذلك محمد في تجويز الزيادة وأبو يوسف أخذ في الأصل بالآخر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر وإليه مال زفر وهو أنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسدة للعقد فاشتراط الفاسد أولى ووجه الاستحسان ما بينا قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لأن تمام هذا السبب بالمرضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عقده ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه باذن البائع شرعيته للثروى لدفع ضرر الغبن في المبيع والثمن فيتبادر إليه جواز دفع الغبن في الثمن للماطلة وكون هذا يفسخ بتمام المدة قبل دفع الثمن وذلك يبرم بتمامها بلا رد لأثره لأن المعتمد في الدلالة الاشتراك في الجامع الذي يشهده من فهم اللغة ألا أنك سمعت أنه لا ينفسخ بتمامها بل يرجع فاسدا (وقد مر أبو حنيفة رضي الله عنه على أصله في المحقق به) وهو أنه لا يراد على الثلاثة فكذلك في المحقق وكذلك محمد حيث جعله جائزا بلا تقييد بعدة وأبو يوسف فرق فأخذ في الأصل بالآخر يعني أثرا بن عمر في جواز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام وأخذ في هذه المسئلة بالقياس أي في نفي الزائد على الثلاثة وأما في الثلاثة فحديث ابن البراء على ما سئذ كرهه في خيار التعيين هذا ما ذكر عن أبي يوسف هنا وقد روى عنه أنه رجع إلى قول محمد ورواه الحسن بن أبي مالك عنه وفي شرح المجمع الأصح أنه مع أبي حنيفة وكثير من المشايخ لم يرجعوا عنه شيئا وحكموا على قوله بالاضطرار (وفي هذه المسئلة قياس آخر) يقتضي أن لا يجوز هذا البيع أصلا (وهو أنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط) وهو عدم دفع الثمن في الثلاثة الأيام والإقالة لا تتعلق بالشرط لأن فيه معنى التمليك حتى جعلت بيعا جديدا في حق ثالث وهو لو شرط الإقالة الصحيحة وهي التي لم تعلق بالشرط بأن قال بعثك على أن أقبلك وتقبلها أو قال اشتريت منك على أن تقبلني لا يصح لأنه شرط لا يقتضيه العقد (فاشتراط الفاسدة أولى) وبهذا القياس قال زفر ومالك والشافعي وأحمد فكلهم منعوا صحة البيع والوجه عليهم ما قدمناه من إلحاق بالدلالة بالقياس وهو المراد بقول المصنف ووجه الاستحسان ما بيناه (قوله) وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لأن تمام هذا السبب (الذي هو البيع) بالمرضاة لما عرف من قوله تعالى إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم (ولا يتم) الرضا (مع الخيار) لأنه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه فلم يتم السبب في حق البائع لأنه لا يعمل إلا مع وجود الشرط وهو الرضا فلا يوجب حكمه في حقه فلا يخرج المبيع عن ملكه فلماذا جاز تصرفه فيه فنقد عقده فيه ولو كان في يد المشتري ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه باذن البائع لبقاء ملك البائع فيه بالإختلال والتعليل المذكور يعرف أن خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه لا تحاد نسبه إلى كل من له الخيار وأنه إذا كان الخيار لهما لا يخرج المبيع عن ملك

ذكره من قوله (لأن تمام هذا السبب) أي العلة (بالمرضاة) لكون الرضا دخلا في حقيقة الشرعية ولا تتم المرضاة بالخيار لأن البيع به يصير علة اسماء ومعنى لاحكام فنع ابتداء الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه (ولهذا ينفذ عقده) ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه باذن البائع

(قوله) وقوله وفي هذه المسئلة قياس آخر تقدم معناه أقول يعني تقدم في هذا القول بنصف ورقة تخميناً وهو قوله والقياس وهو قول زفر أنه لا يجوز لما أنه بيع الخ (قوله) لكون الرضا دخلا في حقيقة الشرعية ولا تتم المرضاة بالخيار أقول فيه بحث فإن بيع المبكر بيع يترتب عليه أحكامه ولا رضاه (قوله) لأن البيع به يصير علة اسماء أقول تأمل في صحة هذا التعليل



فإن قبضه المشتري فهلك في يده في مدة الخيار (١١٦) ضمنه بالقيمة إن لم يكن مثليا خلافا لابن أبي ليلى هو بقول قبض ملك البائع بانه فكان أمانة في يده ونحن نقول البيع ينفسخ بالهلاك والمنفسخ بضمون بالقيمة وذلك لأن المعقود عليه بالهلاك صار إلى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها فلا تلحقها بالإجازة وهو معنى قوله (لأنه كان موقوفا) ولا تفادى دون المحل وقد فات بالهلاك وأما أن المنفسخ به مضمون بالقيمة فلا نه مقبوض بجهة العقد وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وتحقيقه أن الضمان الأصلي الثابت بالعقد في القيمات هو القيمة وإنما يتحول منها إلى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقى الضمان الأصلي في مدة الخيار وأما إذا هلك بعده فليزيمه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار إذ ذلك بتتمام الرضا ولو هلك المبيع في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري كما لو كان البيع صحيحا مطلقا عن الخيار قبل وأما ذكر الصحيح مع أن الحكم في الفاسد كذلك خلاطال المسلمين على الإصلاح وأما دليل خروج عن ملكه إذا كان الخيار للمشتري فهو أن البيع لازم من جانبه وتحقيقه أن الخيار إنما يمنع خروج البديل عن ملك من له الخيار لأنه شرع فطره دون الآخر وأما أن البديل إذا خرج عن ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك لا أثر

(ولو قبضه المشتري وذلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة) لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفا ولا تفادى دون المحل فبقى مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق قال (وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) لأن البيع في جانب الآخر لازم وهذا لأن الخيار إنما يمنع خروج البديل عن ملك من له الخيار لأنه شرع فطره دون الآخر قال إلا أن المشتري لا يملكه عند أي خينة وقال لا يملكه لأنه لما خرج عن ملك البائع فالو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا إلى مالك ولا عهد له بانه في الشرع البائع ولا الثمن عن ملك المشتري ولو قبض المشتري المبيع وكان الخيار للبائع (فهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفا) ولا يمكن نفاذه بالهلاك لأنه (لأنه لا تفادى للمحل فبقى) في يد المشتري (مقبوضا) لأعلى وجه الأمانة المحضة كالوديعة والإعارة كما نقل عن ابن أبي ليلى رحمه الله أنه لم يضمنه لأنه ما رضى البائع بقبضه إلا على جهة القصد فأقل ما فيه أن يكون كالمقبوض (على سوم الشراء وفي) المقبوض على (سوم الشراء القيمة) إذا هلك وهو قيمي والمثل في المثل إذا كان القبض بعد سحبة الثمن أما إذا لم يسم عن فلا ضمان في الفسخ وعليه فرع ما ذكره الفقيه أبو الليث في العيون في رجل أخذ ثوبا فقال أذهب به فإن رضيتما اشتريته فضاغ في يده لم يلزمه شيء وإن قال إن رضيتما اشتريته بعشرة كان ضمانا للقيمة وبثبوت الضمان بالقيمة على المشتري في هذا البيع قال مالك والشافعي في المشهور وعندهم وجه في ضمانه بالثمن وهو قياس قول أحمد لأنه قال يخرج المبيع عن ملك البائع بثبوت الخيار له لأن السبب قد تم بالإيجاب والقبول وبثبوت الخيار بثبوت حق الفسخ وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء حق الملك كخيار العيب قلنا قولك ثم البيع بالإيجاب والقبول إن أردت في حق حكمه منعناه أو تمت صورته فسلم ولا يفيد في ثبوت حكمه حتى يوجد شرط عمله وهو تمام الرضا على ما ذكرنا وتقييد المصنف الهلاك بكونه في مدة الخيار ليخرج ما إذا هلك بعده وأما حينئذ يضمن بالثمن لأنه هلك بعد ما تبرم البيع لعدم فسخ البائع في المدة (ولو هلك) المبيع (في يد البائع) والحال أن الخيار له لا إشكال في أنه ينفسخ (ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق) عن شرط الخيار فإن فيه إذا هلك المبيع في يد البائع قبل التسليم انفسخ البيع والتقييد بالصحيح ليس لأخراج الفاسد لأن الحال في البيع الفاسد كذلك أعني الانتفاخ بهلاك المبيع في يد البائع بل لأن الاعتبار بالأصالة له والفاصل بدأ أخذ حكمه منه (قوله) وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع وقوله (لأن البيع) إلى آخره تعميل لحذوف وهو قولنا يخرج المبيع عن ملك البائع لأن البيع في جانبه لازم بات فقد تم السبب في حقه وانتفى ما يمنعه من عمله إذا كان خيارا للمشتري لا يمنعه فيخرج (وهذا لأن الخيار إنما يمنع خروج البديل) الذي هو من جهة (من له الخيار) لما ذكرنا أنه يوجب عدم الرضا بخروج ملكه عنه فلا يؤثر السبب خروجه لعدم شرط عمله فبقى على ملكه كما كان وقوله (الأن المشتري لا يملكه) بمعنى لكن وهو استدراك لا مبرم متبادر عند قوله بخروج المبيع عن ملك البائع إذا كان الخيار للمشتري وهو المقدار الذي ذكرناه فإنه يتبادر بحكم العادة أنه إذا خرج المبيع عن ملك البائع يدخل في ملك المشتري وهذا (عند أبي حنيفة وقال لا يملكه) المشتري وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول (لأنه لما خرج عن ملك البائع لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا إلى) ملك (مالك) ولا عهد له بانه في الشرع في باب التجارة والمفاوضة فيكون كالسائبة فلا يردها لغيره متى أمر السكبة إذا اشتري عبدا لسدانة الكعبة والضبعة الموقوفة بعبدها إذا ضعف أحدهم فاشتري ببدله آخر فإنه لا يدخل في ملك المشتري لأن ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الأوقاف وحكم الأوقاف ذلك وكذا

(قوله قيل إلى قوله طال المسلمين على الإصلاح) أقول ولا فائدة يعلم منه حاله بالولاية

عند أبي حنيفة رحمه الله فلا تملك المخرج ماله عن ملكه لو دخل لزم اجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكم المعاوضة ولا أصل له في الشرع لأن المعاوضة تقتضي المساواة وتوقض بالمدبر فان غاصبه اذا ضمن لصاحبه ملك البدل ولم يخرج المدبر عن ملكه فكان البدلان مجتمعين في ملك واحد واجب بأن قوله (حكم المعاوضة يدفع النقض فان ضمن المدبر ضمان جنابة وليس كالمناقبه ويدخل عندهما لأنه لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك الآخر يكون زائلا لآلى (١١٧) مالا يعني سائبة ولا عهد لانه

في الشرع وتوقض بما اذا اشترى متولى الكعبة عبدا لسدانة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري وأجب بأن كلا من في التجارة وماذا كرم ليس منها بل هو ملحق بتوابع الاوقاف وحكم الاوقاف قد تقدم ورجح قول أبي حنيفة بأن شرعية الخيار نظر المشتري ليرتوي فيقف على المصلحة فلو دخل في ملكه عما يكون عليه لاله بان كان المبيع قريبه فيعتق عليه من غير اختياره فعاد على موضوعه بالنقض (قوله فان هلك في يده) أي ان هلك المبيع في يد المشتري فيما اذا كان الخيار له هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع كما تقدم آنفا ومراده عيب لا يرتفع كان قطعت يده وأما ما جاز ارتفاعه كالمرض فهو عتلى خياره اذا زال في الايام الثلاثة أنه لا يفسخ بقتل الارتفاع وأما اذا مضت والقيص قائم لزم العقد لتعذر الرد وتبين بما

ولأبي حنيفة انه لما يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه لاجتماع البدلان في ملك رجل واحد حكم للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لأن المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظر المشتري ليرتوي فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بأن كان قريبه فيقفون النظر قال (فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب) بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب بمنع الرد والهالك لا يعرى عن مقدمة عيب فيه كالعقد قد انبرم فيلزمه الثمن

لا ترد التركة المتسخرقة بالدين فانها تخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء للقيود المذكور (ولأبي حنيفة رضي الله عنه انه لما يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا انه يدخل المبيع في ملكه لاجتماع البدلان) الثمن والمبيع (في ملك) أحد المتعاضين (حكم المعاوضة ولا أصل له في الشرع) وأنى يكون (والمعاوضة تقتضي المساواة) بين المتعاضين في تبادل ملكيهما بخلاف ضمان غاصب المدبر اذا أبق من عنده سواء قلنا انه بدل اليد والملك حيث لا يخرج المدبر به عن ملك ماله فيجتمع العوضان في ملك واحد فانه ضمان جنابة لا ضمان معاوضة شرعية وهذا لزم في الشرع مما ذكرناه فان المشتري للسدانة والوقف كائن في المعاوضة وهو يخرج ولا يدخل في ملك أحد (ولان خيار المشتري شرع نظر انه ليرتوي فيقف على المصلحة) في رأيه (ولو أثبتنا الملك له) بمجرد البيع مع خياره الحقة نقض مقصوده (اذربما) كان المبيع من (يعتق عليه) فيعتق (من غير اختياره) فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقض اذا كان مقفولا للنظر وذلك لا يجوز وقد أورد على هذا القول ثبت الملك للمشتري لم يستحق به الشفعة لأن استحقاقها بالملك ولذا لا تثبت بحق السكنى لكنه يستحقها اذا بيعت دار بجوارها بالاتفاق والاجماع أوجب بأنه انما استحقها لانه صار أحق بها انصرفا لانه ملكها كالعبد المأذون يستحقها اذا بيعت دار بجوارها هذا المعنى وحاصل هذا منع قصر استحقاق الشفعة على حقيقة الملك بل هو أوماف معناه وهذا تكلف لا يحتاج اليه وستأني المسئلة معلة بانبرام البيع في ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحها وما في الاجناس لو بيعت دار بجوارها فأخذها بالشفعة لا يبطل خيار الزوالة فله أن يردّها اذا رآها ويبطل خيار الشرط (فان هلك) المبيع (في يد المشتري) ولو في مدة الخيار (هلك بالثمن) وكذا اذا دخله عيب لا يرجع زواله كان قطعت يده ولو بغرضه فانه يلزمه الثمن ويمتنع الرد بخلاف ما لو كان يرجع زواله في المدة بأن مرض فان المشتري على خياره لكن ليس له أن يردّه مريضاً بل حتى يبرأ في المدة فان مضت المدة ولم يبرأ لزم البيع فيه وعن أبي يوسف يبطل خيار المشتري في كل عيب بأي وجه كان الا في خصلة وهي ان النقصان اذا حصل في يد المشتري بفعل البائع لا يبطل خياره بل ان شاء رده وان شاء أجاز البيع وأخذ الارش من البائع وقوله (بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع) متصل بقوله هلك بالثمن يعني الفرق بين ما اذا كان الخيار للبائع فهلك المبيع في يد المشتري فانه يملك بالقيمة وبين ما اذا كان للمشتري فهلك في يد المشتري فانه يملك بالثمن هو ان الهلاك لا يتخلو عن مقدمة عيب ودخول العيب يمنع الرد حال قيامه كائنا ما كان فاذا اتصل به الهلاك لم يوجب له الهلاك لا يجوز الرد فيه كذا وقد انبرم العقد وانبرم العقد

ذكر ان هلاك المبيع وتعيبه يوجب القيمة على المشتري اذا كان الخيار للبائع ويوجب الثمن اذا كان للمشتري فاحتاج الى التصريح ببيان الفرق ووجهه أن المبيع اذا تعيب في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض وكذلك اذا هلك والهالك لا يعرى عن مقدمة عيب فيه كالعقد قد لزم وتم فيلزم الثمن المسمى

قال المصنف (والعقد قد انبرم) أقول انبرم مطاوع قولهم أبرمت الامر ابراما اذا أحكمته

وأما إذا كان الخيار للبائع  
فلم يتمتع الرد على المشتري  
بدخول العيب لأن الخيار  
للبائع لأنه في ملكه والمبيع  
موقوف فيلزم القيمة قال  
(ومن اشترى امرأته هذه  
مسائل تترتب على الأصل  
المتقدم ذكره وهو أن  
الخيار إذا كان للمشتري  
يخرج المبيع عن ملك  
البائع ولا يدخل في ملك  
المشتري عنده وعندهما  
يدخل فعلى هذا إذا اشترى  
امرأته (على أنه بالخيار  
ثلاثة أيام يفسد النكاح)  
لأنه لم يملكها وان وطئها  
أن يردّها لأن الوطء لم يكن  
بملك الممين حتى يسقط  
الخيار إلا إذا كانت بكرًا  
فليس له أن يردّها لأن الوطء  
ينقصها وهذا يشير إلى  
أن قوله (وان وطئها له أن  
يردّها) معناه إذا لم ينقصها  
الوطء فأما إذا نقصها فلا  
يردّها وان كانت ثيبًا إليه  
أشير في شرح الطحاوي  
وعندهما يفسد النكاح  
وان وطئها لم يردّها وان كانت  
ثيبًا لأنه لم يملكها ووطئها  
بملك الممين ولهذه المسئلة  
نظائر في كونها مترتبة على  
الأصل المتقدم منها عتق  
المشتري على المشتري في مدة  
الخيار إذا كان قريبًا للمشتري  
لا يعتق عليه عنده خلافا  
لهما ومنها ما إذا قال  
ان ملكك عبدًا فهو حر  
فاشترى بالخيار ولا يعتق  
عنده خلافاً لهما

بخلاف ما تقدم لأن دخول العيب لا يمنع الرد حكمًا بخيار البائع فيه ملك والعقد موقوف قال (ومن  
اشترى امرأته على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) لأنه لم يملكها الماله من الخيار (وان وطئها  
له أن يردّها) لأن الوطء يحكم النكاح (الا إذا كانت بكرًا) لأن الوطء ينقصها وهذا عند أبي حنيفة  
(وقال يفسد النكاح) لأنه لم يملكها (وان وطئها لم يردّها) لأن وطئها بملك الممين قيمته الزدوان  
كانت ثيبًا ولهذه المسئلة أسوات كلها تنبثق على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق  
المشتري على المشتري إذا كان قريبًا له في مدة الخيار ومنها عتقه إذا كان المشتري حلف إن ملكك  
عبدًا فهو حر

بوجوب الثمن لا القيمة (بخلاف ما تقدم) من كون الخيار للبائع فان تعيب المبيع لا يمنع الرد حكمًا بخيار البائع  
(فيه ملك والعقد موقوف) فيبطل العقد فلا يضمن الثمن بل القيمة (قوله ومن اشترى امرأته على  
أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) عند أبي حنيفة (لأنه لم يملكها الماله من الخيار) والمبيع لا يدخل  
في ملك المشتري بالخيار فلو رد البائع استمرت زوجة عنده وعندهما إذا فسده رجعت إلى مولاهن فلا  
نكاح عليهما (وان وطئها) بعد الشراء (له أن يردّها) بالخيار لأن الوطء لا يلزم هنا أن يكون إجازة لأن له في  
النكاح ملكًا قائمًا يحل له الوطء فلم يلزم كون وطئها إجازة (الا إذا كانت بكرًا لأن الوطء ينقص البكر)  
فيمتنع الرد للعيب الذي حدث عنده ومن هذا يعرف أنه لو نقصها الوطء وهي ثيب عتق الرد عنده أيضًا  
للتقص الذي دخلها إلا ذات الوطء فان قيل لما زوجهامولا الذي باعها فقد رضي بالتقصان بزوال البكارة  
وحين أثبت له الخيار فقد رضي بالرد فيكون راضيًا بردّها ناقصة أوجب تمتع بقاء الرضا بذلك بعد البيع  
بل لما باعها نسخ ذلك الرضا إلى الرضا بما هي أحكام هذا البيع وأحكام هذا البيع ماذكرناه (وقال  
يفسد النكاح لأنه لم يملكها فان وطئها لا يردّها) ولو كانت ثيبًا لأن الوطء بعد انقضاء النكاح ليس إلا  
بملك الممين فكان مسقطًا للخيار ورضا بالبائع وهذه المسئلة من فروع الخلاف في ثبوت الملك في المبيع  
للمشتري بشرط الخيار وعدمه (ولها أخوات) ذكرها المصنف تفريعًا على الخلاف في ذلك (منها عتق)  
العبد (المشتري على المشتري) بشرط الخيار (في مدة الخيار إذا كان قريبه) قرابة محرومة عندهما  
وعنده لا يعتق حتى تنقضي المدة ولم يفسخ لأنه لم يملكه (ومنها أن من قال ان ملكك عبدًا فهو حر)  
فاشترى عبدًا بشرط الخيار فانه لا يعتق عند أبي حنيفة لأنه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط  
وعندهما وجد فعتق لأنه ملكه أما لو قال ان اشترى عبدًا فهو حر فاشترى عبدًا بشرط الخيار فانه  
يعتق بالاتفاق لوجود الشرط وهذا شراء فيكون كالمشي للعتق بعده من حيث ثبوت الحرية لا من كل  
وجه ولذا لا يعتق عن الكفارة إذا قوى الخالف بشرائه أن يعتق عن كفارته ومنها لو اشترى جارية على  
أنه بالخيار فخاضت في مدة الخيار أو وجد بعض الحيضة فيها ثم اختار البيع عنده لا يجزئ بتلك الحيضة  
لأنها قبل الملك والموجود بعد الملك بعض الحيضة فلا بد من حيضة أخرى لحل الوطء وعندهما يجزئ  
بما لوجودها بعد الملك وينبغي أن يقيّد بذلك بعد القبض لأن السبب لوجوب الاستبراء الملك  
والملك المؤكد يكون بالقبض ولو اختار الفسخ فردّها إلى البائع لا يحتاج البائع إلى استبراء ثم اعند  
أبي حنيفة سواء كان الفسخ قبل القبض أو بعده وعندهما ان كان قبل القبض لا استبراء عليه  
استحسانًا وان كان في القياس يجب وان كان الفسخ بعد القبض وجب على البائع استبراء أو فاقبسا  
واستحسانًا بالاستحداث الملك بعد ملك المشتري الملك المؤكد بالقبض فيثبت توهم الشغل وأجمعوا  
أن العقد لو كان بائنًا ففسخ باقًا أو غيرهما ان كان قبل القبض فالقياس أن يجب على البائع الاستبراء  
وفي الاستحسان غير واجب وان كان بعد القبض فالاستبراء واجب قياسًا واستحسانًا ولو كان الخيار  
للبائع ففسخ في المدة فظاهر الرواية أنه لا يجب عليه استبراء لأنهم لم يخرجوا عن ملكه وان أجازة فعلى

بذلك لاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمشئى لا متى بعد الشراء لان المعاق بالشروط كل رطل عنده ولو انشأ العتق بعد شرائه بالخيار  
عنى ومقتضى الخيار كذا هذا فان قيل لو كان كالمشئى وجب ان ينوب عن الكفارة اذا اشترى المحلوف عليه بعتته او باعن الكفارة  
اجيب بان جعل كالمشئى تصحيا لقوله فهو سر فلا ينعدي الى الوقوع عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت البيع لانه كالمدرى  
الاستحقاق وفيه يعمل الانشاء لا عتق لاعتق الكفارة كذلك هذا ومنها ان المشتراة اذا حاضرت بعد القبض في مدة الخيار ضمنه  
او بعضهم اذا اختارها لا يجتزئ بتلك الحصة من الاستبراء عنده خلافا لهما ولورد على البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد  
قبل القبض او بعده وعندهما اذا كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع (١١٩) الاستبراء استحسانا والقياس ان

يجب لتجدد الملاك وان كان  
بعده يجب الاستبراء على  
البائع قياسا واستحسانا  
وأجمعوا في البيع البات  
يفسخ باقالة أو غير هان  
الاستبراء واجب على البائع  
اذا كان الفسخ قبل القبض  
قياسا وبعده قياسا  
واستحسانا ومنها اذا ولدت  
المشتراة في المدة بالنكاح  
لا تصير أم ولده عنده قال  
صاحب النهاية لا بد من  
أحد تأويلين إما ان يكون  
معناه اشترى منكوحته  
وولدت في مدة الخيار قبل  
قبض المشتري بشرط الخيار  
أو يكون اشترى الامه  
التي كانت منكوحته وولدت  
منه ولذا قبل الشراء ثم  
اشترىها بشرط الخيار لا تصير  
أم ولده في مدة الخيار عنده  
خلافا لهما وعلى هذا كان  
قوله في المدة طرفا لقوله  
لا تصير أم ولده لا ظرف  
الولادة وتقرير كلامه اذا  
ولدت المشتراة بالنكاح

بذلك لاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمشئى لا متى بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها  
ان حبض المشتراة في المدة لا يجتزأ به عن الاستبراء عنده وعندهما لا يجزأ ولو ردت بحكم الخيار الى البائع  
لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة  
بالنكاح لا تصير أم ولده عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع  
فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لا ارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري  
احصة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ما ذوناله فأبرأه البائع من الثمن في المدة  
المشتري استبرأؤها بحصة بعد الاجازة بالاجماع ومنها اذا ولدت منكوحته بعد ما اشتراها على أنه  
بالخيار في المدة لا تصير أم ولده وتصير أم ولده عندهما وقد قيد الشارحون كلام المصنف بأن  
تكون الولادة قبل القبض ولا بد منه لما ذكر في المبسوط لو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لانها  
تعينت بالولادة وتصير أم ولده بالاجماع وصور الطحاوي هذه الخلافية فيما اذا ولدت قبل الشراء قال  
اشترى جارية وقد ولدت منه ولد بشرط الخيار فعند أبي حنيفة لا تصير أم ولده وخياره على حاله  
الا اذا اختارها صارت أم ولده عندهما تصير أم ولده بالشراء ويبطل خياره ويلزمه الثمن وكذا  
ذكره غيره وتقييده بكونه قبل القبض أحسن وهو يصدق بصورتين ما قبل القبض والشراء وما قبل  
القبض بعد الشراء (ومنها اذا قبض المشتري) بشرط الخيار (المبيع باذن البائع ثم أودعه  
عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع) عنده (لا ارتفاع القبض بالرد) لانه لم يملكه  
ارفع القبض بالايداع لان البائع لا يصلح أن يكون مودعا للملك نفسه فلا يكون الايداع صحيحا وهلاك  
المبيع قبل القبض يبطل البيع (وعندهما) يهلك (من مال المشتري احصة الايداع باعتبار قيام  
ملكه) وقد يقال عدم صحة الايداع باعتبار أن المالك لا يصلح مودعا للملك نفسه صحيح لكن الواقع أن  
المبيع يخرج عن ملك البائع بالاتفاق فلا يكون مودعا للملك نفسه فتصح ودعيته المشتري لتحقيق ايداع  
غير المالك كالمغارب وغيره وقد راد ملكه بحسب المال الا أنه ليس بالارز الحواري أن لا يؤل الى ملكه بأن  
يختار المشتري البيع أما لو كان الخيار للبائع فسلمه الى المشتري ثم ان المشتري أودعه في مدة الخيار  
البائع فهلك في يده قبل نقاذ البيع أو بعده يبطل البيع في قولهم جميعا ولو كان البيع بآنا فقبضه  
المشتري باذن البائع أو بغيره وله فيه خيار رؤية أو عيب فأودعه البائع فهلك في يده هلك على المشتري  
ولزمه الثمن اتفاقا لان هذين الخيارين لا يمنعان ثبوت الملك فصح الايداع منه (ومنها لو كان المشتري  
بالخيار) عبدا ما ذوناله فأبرأه البائع من الثمن في المدة (يصح ابرأؤه استحسانا لاقياسا لان البائع لم يملك

لا تصير أم ولده في مدة الخيار وفيه تعميم لفظي كما ترى قال صاحب النهاية وانما احتجنا الى أحد التأويلين لانا لو أجرين على ظاهر اللفظ  
وقلنا اننا اذا اشترى منكوحته بشرط الخيار قبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط لان الولادة عيب  
فلا يمكن رد هابه بد ما تعينت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع  
فهلك في يد البائع في مدة الخيار أو بعده هلك على البائع لان القبض قد ارتفع بالرد اذا ودعيته لم تصح لعدم ملك المودع واذا ارتفع القبض  
كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من مال البائع وعندهما للمالك المشتري صحته الوديعة وصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده  
ومنها لو كان المشتري عبدا ما ذوناله فأبرأه البائع من الثمن في المدة

(قوله لانا لو أجرين على ظاهر اللفظ) أقول يعني الاطلاق

في خياره لانه لما ملكه كان الرضا متناعا عنه عن التملك والاذون له ولا يملكه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرضا متناعا عنه عن التملك والاذون ليس من اهله فان قلت انا كان الخيار للمشتري فالنهي لم يخرج عن ملكه فارجحه ابراهم البائع عن التملك قبل ان يملكه  
 احبب ان التماس يتق حصة هذا البراءة وجواز استحقاق له وله بعد وجود سبب الملك وهو العقد ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خيرا  
 باختيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما (١٢٠) وعندهما بطل الخيار والبيع ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو راسخ

بقي على خياره عنده لان الرضا متناع عن التملك والاذون له بليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرضا  
 منه تملكه بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خيرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل  
 الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك رد حيا وهو مسلم وعندهما بطل البيع لانه لم يملكها فلا يملكها باسقاط  
 الخيار بعده وهو مسلم قال (ومن شرط له الخيار قوله ان يفسخ في المدة وله ان يجيز فان اجاز بغير  
 حاضرة صاحبه جاز

التمن على المشتري بالخيار فلا يصح ابرأؤه مما لا يملكه وفي الاستحسان يصح لوجوب سبب ملكه للتمن  
 وهو البيع واذا صح ابرأؤه بالاتفاق (بقي على خياره) في السلعة ان شاء اجازا البيع في اخذها بالتمن  
 وان شأه رده فبطلت السلعة للبائع عند أبي حنيفة لانه لم يملك المبيع فكان رده امتناعا عن تملك شيء بلا  
 عوض (والماذون بليه) أي يملك ذلك كماله ان يمنع عن قبول الهبة (وعندهما) لما يرى من التمن  
 والواقع ان المبيع يدخل في ملك المشتري بالخيار لوردة كان متبرعا عما ملكه بغير عوض والعهد المماذون  
 ليس من اهل التبرعات فاذا امتنع الرادع المبيع بلا شيء واستشكل تصوير المسئلة بسبب ان  
 التمن لا يخرج عن ملك المشتري بشرط الخيار فكيف يتصور الابراء منه والخواب ان البراء  
 يعتمد شغل الذمة وليس من ضرورته زوال ملك المشغول ذمته عن مقداره الا يرى ان المذون  
 مشغول الذمة ولم يزل ملكه عن شيء من ماله وانما اشتغلت ذمته لجهة السبب لان شرط الخيار ليس  
 داخلا على السبب بل على حكمه كما تقدم وبوجود البيع لا بد ان تشغل الذمة بالتمن ولا يظن انه  
 يقارن وجوب أدائه بسل التملك في أصل الوجوب وليس في أصل الوجوب طلب أصلا على ما عرفت  
 (ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خيرا على ان المشتري بالخيار ثم اسلم) المشتري في مدة الخيار (بطل  
 خياره) عندهما (لانه ملكها فلا يملك رد حيا وهو مسلم وعندهما بطل البيع لانه لم يملكها ولا يملكه تملكها  
 باسقاط الخيار) بعد الاسلام فتعين بطلان البيع أما لو كان الخيار للبائع وأسلم فبطلان البيع  
 بالاجماع هذا آخر ما قرعه المصنف ومن الفروع أيضا على الخلاف في دخول المبيع في ملك  
 المشتري بالخيار ما لو اشترى مسلم من مسلم عسيرا بالخيار فتحذه في المدة ففسد البيع عنده بالعجز عن  
 تملكه باسقاط خياره وتم عندهما العجز عن رده بنفسه ومنها اذا اشترى دارا على انه بالخيار وهو  
 ساكنها باجارة أو اعارة فاستدام سكنها قال الامام السرخسي لا يكون اختيارا وانما الاختيار ابتداء  
 السكنى وقال خواهر زاده استدامة السكنى اختيار عندهما لانه يملك العين وعندهما ليس باختيار لانه  
 بالاجارة أو الاعارة لم يملك شيئا ومنها حال اشترى طيبا بالخيار فقبضه ثم أحرم والظني في رده ينتقض  
 البيع عنده ويرد الى البائع وقال الايزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشتري  
 فأحرم البائع للمشتري ان يرده ومنها ان الخيار اذا كان للمشتري وفسخ العقد فالزوائد ترد على البائع عنده  
 لانهم لم يتحدث على ملك المشتري وعندهما للمشتري لانها حدثت على ملكه (قوله ومن شرط له الخيار)  
 سواء كان بائعا أو مشتريا أو أجنبيا (له أن يجيز) في مدة الخيار بالاجماع الفقهاء (وله أن يفسخ فان اجاز  
 بغير حاضرة صاحبه) يريد بغير عمله (جاز) فاذا كان الخيار للبائع فنفاذ البيع بأحدمعان ثلاث

واذا كان الخيار للبائع  
 وأسلم بطل البيع بالاجماع  
 واذا كان الخيار للمشتري  
 وأسلم البائع لا يبطل البيع  
 بالاجماع لان العقد من  
 جانبه باث فان اختاره  
 المشتري صار له وان رد صار  
 الخمر للبائع والمسلم من اهل  
 أن يملك الخمر حكما قال  
 (ومن شرط له الخيار قوله أن  
 يفسخ في المدة) هذا العموم  
 يتناول البائع والمشتري  
 والاجنبى لان شرط الخيار  
 يصح منهم جميعا فاذا كان  
 الخيار للبائع فالاجازة تحصل  
 بثلاثة أشياء بان يقول  
 أجزت وعوتي في مدة الخيار  
 لانه لا يورث كما سذكره  
 فيكون العقد نافذا وبأن  
 تضي مدة الخيار من غير  
 فسخ واذا كان للمشتري  
 فبذلك وبأن يصير المبيع في  
 يد المشتري الى حال لا يملك  
 قبضه على تلك الحالة  
 كهيالة المعقود عليه  
 وانتفاضة كما تقدم وأما  
 الفسخ فقد يكون حقيقة  
 وقد يكون حكما والثاني هو  
 ما يكون بالفعل كأن  
 يتصرف البائع في مدة  
 الخيار تصرف الملاك كما

إذا أعتق المبيع أو باعه أو كانت جارية فوطئها أو قبلها أو أيا يكون التمن عينا فتصرف  
 المشتري فيه تصرف الملاك فما اذا كان الخيار للمشتري فإن العقد ينفسخ سواء في ذلك حضورا أو آخرا وعدمه لانه فسخ حكمي والشي  
 قد ثبت حكما وان كان يبطل قضاء

قال المصنف (لان الرضا متناع عن التملك) أقول الظاهر انه يقال عن التملك



عنى مدة الخيار وموته وباعثائه وجنونه في المدة فان أفاق فيها قال الاسيحي ابي الاصح انه على خياره ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلاف سكره من البنج ولو ارتد فعلى خياره اجماعا فلو تصرف بمحكم الخيار فهو موقوف عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا له - والمعنى الثالث أن يحجز البيع كان يقول أجزت البيع ورضيته واسقطت خيارى ونحو ذلك وإذا كان الخيار للمشتري فنفاذه بما ذكرنا من الأمور الثلاثة للبائع وبالفعل بأن يتصرف في المبيع تصرف المالك في مدة الخيار بأن يعتق أو يكتب أو يدبر أو يبيع المبيع أو يهبه أو يسلمه أو يرهنه أو يؤجره وإن لم يسلمه على الأصح وكذا إذا علق عتقه في المدة فوجد الشرط فيها ومن ذلك أن يباشر في المبيع فعلا لا يحتاج اليه للامتحان ولا يحل في غير المالك بحال فان كان يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير المالك فهو على خياره فالوطء جائزة وكذا التقبيل بشهوة والمباشرة بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة ولا يغير شهوة لأن ذلك يحل في غير المالك في الجملة فان الطبيب والقابله يحل لهما النظر والمباشرة نعم التقبيل لا إلا أن النظر اليه من حيث هو ومن ولو أنكر الشهوة في هذه كان القول قوله لأنه ينكر سقوط خياره وكذلك إذا فعلت الجارية ذلك يسقط خياره في قول أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فعلها البتة إجازة للبيع لأن شرط الخيار لاختاره ولا لاختاره عليه ولا يبي حنيفة أن حرمة المصاهرة تثبت بهذه الأشياء فكانت ملحقه بالوطء فصارت هذه الأشياء من حيث هي ملحقه بالوطء في إيجاب الحرمة كما أضاف الى الرجل وأما المباشرة مكرها كان أو مطاوعا واختار أما عند أبي حنيفة فظاهر وأما عند محمد فلا نال الوطء تنقيص حتى لو وجدت من غير المشتري يمنع الرد فأما المباشرة إذا ابتدأتها والمشتري كاره ثم تركها وهو يقدر على الامتناع فهو اختيار وانما يلزم سقوط الخيار في غير المباشرة إذا أقر بشهوتها لأن فعلها يلزم إسقاط خياره فيعترف على إقراره بما يسقط خياره ولو دعا الجارية الى فراشه لا يسقط خياره والاستخدام ليس بإجازة لأنه يمتحن به والاستخدام ثانيا إجازة إذا كان في نوع آخر وقد اختلف كلامه في الفتاوى الصغرى فقال الاستخدام حرار لا يكون إجازة وقال في موضع آخر قال المرة الثانية تبطل الخيار وأكله المبيع وشربه ولبسه يسقط الخيار وفي فتاوى قاضيان إذا لبسه مرة واستخدم الخادم مرة لا يبطل خياره ويبطل بعمرتين وركوبها ليسقيها أو يردّها ويعلفها إجازة وقيل ان لم يمكنه بدون الركوب لا يكون إجازة وأطلق في فتاوى قاضيان انه لا يبطل خياره فقال وركوبها ليسقيها أو يردّها على البائع لا يبطل خياره استحضارنا فعله الاستحسان ولو قطع حوافر الدبة أو أخذ بعض عرقها لا يبطل ولو نسخ من الكتاب نفسه أو لغيره لا يسقط ولو درس فيه يسقط وقيل على العكس وبه أخذ أبو الليث وطلب الشفعة بالدار المشتراة رضايها بخلاف خيار الرؤية والعيب ولو حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره سواء حدث بفعل البائع أو بغير فعله عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يلزمه العقد بفعل البائع لأن البائع لا يقدر على الزام البيع ومتى قلنا انه يلزم بجنايته ائتمناؤه قدرة الزامه فتفتوت فائدة شرط الخيار للمشتري بخلاف ما إذا كان من أجنبي فان لزومه لا من قبله ولهما أن ما ينقص بفعل البائع في ضمان المشتري فيلزم العقد في ذلك القدر الذي تلف في ضمانه وتعدت على البائع حصته من الثمن فتى رد الباقي كان تفرقا للصفقة على البائع قبل التمام في حق الرد وهو لا يجوز كفعل الأجنبي وإذا عرف هذا عرف أن المشتري يرجع على البائع بالارش ولو كان الخيار للبائع وحدث به عيب فهو على خياره لأن ما انتقص بغير فعله فهو غير مضمون على البائع وكذا لو سقطت أطرافه لم يسقط شيء من الثمن لكنه يتخير المشتري ولو حدث بفعل البائع انتقص البيع لأن ما انتقص مضمون عليه ويسقط حصته من الثمن فالونقيض الخيار تفرقت الصفقة على المشتري ولو بزغ الدابة فهو رضا ولو حلب لبنها فهو رضا عند أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه وقال أبو يوسف لا يكون رضا حتى يشربه أو يستهلكه ولو سقى حرنا في الأرض فيما إذا اشترى الأرض أو حصص الزرع أو قصل

وأما الأول فهو ما يكون بالقول (١٣٣) وهو أن يقول البائع أو المشتري فسخت فان كان ذلك بحضرة الآخر أى بعلمه انفسخ

وان فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضر عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه لأنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالأجارة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع وله ما أنه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لأنه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب لساعته مشتريا فيما إذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيصرف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لأنه لا الزام فيه

منه شيئا فيما إذا اشترى الزرع فهو رضا ولو سقي دوابه من النهر أو شرب هو فليس رضا ولو طعن في الرعي فهو رضا وقد ذكر فيها تفصيل وذلك في رعي الماء ولست في ديارنا ولو كان المبيع دارا فيها ساكن فطلب المشتري الاجرة من الساكن فهو اجازة ولو غسل العبد أو الجارية أو مشطها بالمشط والذهن والبسها فليس رضا (قوله وان فسخ) أى من له الخيار في المدة (بغير حضرة الآخر) أى بغير علمه (لم يجز) عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول مالك (وانما كنى بالحضرة عن العلم) حتى لو لم يبلغه الفسخ إلا بعد المدة تم البيع لعدم اعتبار ذلك الفسخ (وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي) وكذا الخلاف في خيار الرؤية والفسخ بالقول في المدة بأن يقول فسخت أو رددت البيع وغير ذلك مما يدل على رد البيع وهذا الفسخ بالقول هو الذي الخلاف في جوازه بغير علم الآخر وأما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقا وكان مقتضى النظر أن من قال ببيع الفسخ بغير علم صاحبه بالقول أن يقول به فيما هو فعل اختياري لأنه كالقول من حيث هو اختيار ثبت به الانفساخ بخلاف الموت وفعل الأمة ودخول العيب بغير صنعته والهلاك فان كان الخيار للبائع فهو أن يتصرف في المبيع تصرف الملاك كالتعق والبيع والوطء وجميع ما قدمنا أنه اجازة اذا صدر من المشتري من الافعال فهو فسخ اذا صدر من البائع (له) أى لابي يوسف (أنه) أى الفاسخ منهما (مسلط على الفسخ من جهة صاحبه) يعني الذي لا خيار له (فلا يتوقف) فسخه (على علمه) كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل (ولهما) أنه يتصرف في حق الغير وهو الذي لا خيار له (بالرفع ولا يعرى عن الضرر لانه) أى الغير الذي لا خيار له (عساه يعتمد على تمام البيع السابق) اذا انقضت المدة ولم يظهر له الفسخ (فيتصرف) المشتري (فيه) فيما إذا كان الخيار للبائع والواقع أنه فسخ (فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك) وقد تكون القيمة أكثر من الثمن (ولا يطلب لساعته مشتريا) اعتمادا على نفاذ البيع لما يظهر له الفسخ في المدة اعتمادا على تمامه (فما إذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر) يحى عن قبل الانفراد بالفسخ فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل قصد احوال عدم علمه لا ثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به كي لا يضره بل زوم الثمن من ماله اذا كان وكيله بالشراء وبطلان قوله وتصرفه اذا كان وكيله بالبيع ورعا يعتمد المشتري منه النفاذ فيتشعب الفساد والاصل قياسا تعارضا قياسا على يوسف على تصرف الوكيل وقياسا على عزل الوكيل ثم في قياسهما أمور طردية لا معنى لها وهو قوله تصرف في حق الغير بالرفع فان هذا الاثر له في نفي الصحة بلا علم انما أثره في نفي الصحة بلا اذن فان كونه حق الغير يمنع التصرف بلا اذن فهو بالنسبة الى العلم طرد والاذن قد وجد في ضمن شرط الخيار له فان قيل لان سلم ان شرط الخيار تضمن الاذن له بالفسخ مطلقا انما يكون ذلك لو لم يكن مظنة أن يلحقه ضرر أما اذا كان الفسخ بغير علمه طريق ضرر يلحقه فلا قلنا فاستقام حينئذ أن المؤثر ليس الا كون فسخ مظنة ذلك الضرر وضح قولنا أن ما سواه لا أثر له من كونه تصرف في حقه بلا علمه وحينئذ فيقتصر النظر على اثبات الضرر ولا يخفى ان الضرر الذي ذكرناه يلحق المشتري اذا كان الخيار للبائع في حين التعارض لان ضرر لزوم القيمة انما

العقد بالاتفاق وان كان بغير علمه فلا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وجههما الله وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي وجههما الله لابي يوسف ان من له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه وكل من عو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالاجازة وهو قياس منه لاحد شطري العقد على الآخر ووضح ذلك بعدم اشتراط الرضا وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فان له أن يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا لانه مسلط من جهته (ولهما ان الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع وهو) لا يعرى عن المضرة) أما اذا كان الخيار للبائع فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد تكون القيمة أكثر من الثمن ولا خفاء في كونه ضررا وأما اذا كان للمشتري فالبايع عسى يعتمد تمامه فلا يطلب لساعته مشتريا وقد تكون المدة أيام رواج بيع المبيع وفي ذلك ضرر لا يخفى والتصرف المشتل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كما في عزل الوكيل والقياس على الشرط الآخر فاسد لقيام الفارق وهو الزام

يكون

(قوله وهو قياس منه لاحد شطري العقد) أقول فيه تسامح لظهور ان الفسخ ليس أحد شطري العقد

ولأنه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لأن التسليط على الفسخ من لا يملكه غير معقول ولا مشروع كالتملك من غير المال وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لأن معنى الالتزام على العلم لأعلى الرضا وكونه لا بد منه في البياعات لأنه لا الزام فيها وعورض بأن ما ذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو أنه لو لم ينقرب بالفسخ لربما اختفى من ليس له الخيار إلى مضى المدة فيلزم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى وأجيب بأنه ضرر مرضي به منه حيث ترك الاستيثاق بأخذ الكفيل مخافة الغيبة واعلم أن مدار دليله الزام ضرر زائد غير مرضي به فإذا ذات المجموع أو بعضه في بعض الصور لا يكون نقضا فلا يرد ما قيل الطلاق والعناق والعقود عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل الزام وهو موسوع لأن ذلك من الاسقاطات وما هو كذلك ليس فيه شيء من الالتزام كاسقاط الحمل عن الدابة ولا ما قيل الزوج ينقرب بالرجعة وحكمها يلزم (١٣٣) المرأة وان لم تعلم لأنه ليس فيها الزام لأن

الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة الزام أمر به جديده سلمناه

ليكن ليس فيه الزام ضرر لأن النكاح من عو إلى النعم فاستدما منه بالرجعة لا تكون ضررا ولا ما قيل اختيار الخيرة ينفذ على زوجها وفيه الزام حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم الالتزام بل ذلك بالتزامه أو لأنه لا ضرر فيه فان الإيجاب فيه حصل منه ولو رأى ضررا ما أقدم عليه أو لأنه غير زائد على موجب التخيير ولا ما قيل اختيار الامة المعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علم وفيه الزام لأنه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار أو هو مرضي به بالأقدام على سببه ولا ما قيل اختيار المالك رفع عقد القضي يلزم العاقدين بلا علم وفيه الزام عليه ما لأنه

ولانقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضى المدة تم العقد بمعنى المدة قبل الفسخ

يكون بناء على زيادة القيمة على الثمن وهو غير لازم ولا أكثرى بل قد يكون الثمن أكثر من القيمة فهما في محل التعارض بل الغالب أن البيع يكون بما هو قيمة المبيع خصوصا بيعات الاسواق فبطل ذلك الشق وأما ضرر البائع باعتماده فلا يطلب لسلمته مشترى فاعلمنا حقه من تقصيره حيث لم يستكشف من المشتري في المدة هل فسخت أولا ومثل هذا كثير في الفقه أعنى الزام ما هو ضرر رتقه سببه من لزمه في احتياطه لنفسه مع المكنة بخلاف الوكيل فان ضرره لازم بالزام عن ما يشتريه عليه ان كان وكلا للبراء لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف فيه بضرر بالزام عن ما لا غرض له فيه ولا حاجة له به وقد لا يكون مالكا لمقداره وباهدار أقواله أعنى عقوده اذا كان وكلا بالبيع وهذا أضر على النفس من اقتراض المال دفع الدين لما يلزمه عند الناس من تحقير شأنه ووضع قدره فالوجه لابي يوسف والشافعي أقوى والله أعلم وقوله حينئذ (ولانقول انه مسلط) من جهته (وكيف وهو لا يملك الفسخ فلا يملك تسليطه) مشاحة لفظية فان المراد من سلطه أذن له في التصرف في حقه ذلك بالرفع في المدة فاذا منع ضمن شرط الخيار الاذن بلا علم للضرر فكان الاذن مقيدا بعدم محل الضرر وهو حال العلم فجوابه ما ذكرنا من انتفائه في صورة التعارض وعدم تأثيره في أخرى لتقصير من يلزمه وبهذا أجابوا عن المعارضة القائلة لو لم ينقرب من له الخيار بالفسخ يتضرر هو أيضا لأنه يمكن أن يختفي صاحبه في المدة حتى تنقضي فقالوا هذا الضرر انما يلزمه من جانبه بتقصيره في أخذ الكفيل وأما الجواب بأن الضرر بالاختفاء على صاحب الخيار المجزء عن احضاره لا بالاختفاء في سعة فضل الله التجاوز عنه وقيل الظاهر انه لا يختفي لأنه أمين حيث اثبت الخيار لصاحبه واعلم أن الالتزام بهذا الفرع على إحدى الروايتين في فتاوى قاضيخان جاء إلى باب البائع ليرده فاختفى فيه فطلب من القاضي خصم اليرده عليه قال بعضهم ينصب نظرا للمشتري وقال محمد بن سلامة لا يجيبه لان المشتري ترك النظر لنفسه حيث لم يأخذ منه وكلام مع احتمال غيبته فلا ينظر له فان لم ينصب القاضي وطلب المشتري من القاضي الاعذار عن محمد روايتان في رواية يجيبه فيبعث مناديا ينادى على باب البائع ان القاضي يقول ان خصمك فلا تباريد أن يرد المبيع عليك فان حضرت والا

امتناع عن العقد لا الزام منه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المرأة وان لم تعلم لأنه لا ضرر في العدة أو لكونه بإيجاب الشرع نصادون الطلاق بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فإنه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد أو الاجازة وهو غير مرضي به من جانب الآخر فلا يلزمه الا بعلمه (قوله ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه) يشير إلى ان الشرط هو العلم دون الحضور وليس المراد بقوله كنى الكناية الاصطلاحية لا رباب البلاغة لكن المراد به ما استتر به المراد

(قوله لأن ذلك إلى قوله من الالتزام الخ) أقول العتق اثبات القوة الحكيمة على ما بين لأنه اسقاط والظاهر أن يقال ليس فيه ضرر (قوله لان النكاح من عو إلى النعم الخ) أقول فيه بحث (قوله أولانه غير زائد على موجب التخيير) أقول وكذلك الفسخ في مسئلتنا فالأولى أن يقال أولانه مرضي به ولو لا ما أقدم على الإيجاب (قوله أو هو مرضي به ولو لا ما أقدم على الإيجاب بالأقدام على سببه) أقول سببه الاعتناق لا النكاح

نقضت البيع ولا ينقض القاضي بلا عذار وفي رواية لا يجيبه الالاعدار أيضا وقبل للمجدي على  
هذا الرواية كيف يصنع المشتري قال ينبغي للمشتري أن يستوثق فيأخذ منه وكلا ثقة اذا خاف الغيبة  
حتى اذا غاب يرد على الوكيل وطريق نقض القاضي على احدي الروايتين أنه اذا قال الخصم اني  
أعذرت اليه وأشهدت فتواري فيقول القاضي اشهدوا انه زعم أنه أعذرا الى صاحبه في المدة كل يوم  
واختفى فان كان الامر كما زعم فقد أبطلت عليه الخيار فان ظهر وأنكر فعلى المدعي البينة بالخيار  
والاعدار وهذا لانه لا يمكن من اقامة البينة على ذلك قبل ظهوره لانه لا يحكم على غائب ولا تسمع حال  
غيته للحكم بها عليه واذا عرف هذا فالمسائل الموردة نقضا مسلمة لانها على وفق ما ترجح من قول أبي  
يوسف لكن انورد هابنا على تسليم عام الدليل فنحن ان الخيرة يتم اختيارها لنفسها بلا علم زوجها ويلزمه  
حكم ذلك وأجيب بأن لزوم حكم الطلاق على الزوج بايجابه نفسه وهو تخيير وهو بعد الرضا والعلم وهو  
مدفوع بأن اثبات خيار الفسخ بمثله اثبات خيار الطلاق فان كان الطلاق بايجابه فيجوز حال غيبته  
نكذا الفسخ بايجابه فيجوز حال غيبته ومنها الرجعة ينقضي الزوج ويلزم حكمها المرأة حتى لو تزوجت  
بعد ثلاث حيض فسخ اذا أثبت الرجعة قبلها أجيب بأن الزوج لا يلزمها حكما جديدا لان الطلاق الرجعي  
لا يرفع النكاح وانما ثبتت البينة عند فراغ العدة بشرط عدم الرجعة فكان عليها أن تستكشف  
شرط تصرفها هل هو موجود أولا ومنها الطلاق والعناق والعقود القصاص فان حكمها يلزم غيره  
بلاعلمه وأجيب بأنهم اسقاطات لا يلزم بها شيء من أسقط عنه فلا يتوقف على علمه ومنها خيار المعتقة  
يصح اختيارها للفرقة بلا علم زوجها أجيب لاروايه فيها وعلى تقدير التسليم فالخيار أثبتته لها الشرع  
مطلقا وله الولاية عليهم ما ولا يخفى أن هذا من فساد الوضع فان كون الشرع أثبت حكم التصرف على  
الآخر بغير علمه في خيار الخيرة يقتضي أن الشرع لا يتوقف صحة التصرف على علم الآخر في ثبوت حكمه  
في حقه فان قلت فما الضرر الذي يلزمه أولا حتى يحتاج الى جوابه قلنا امتناعه عن تزوج أمة بناء على  
قيام نكاح التي اعتقت ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين أجيب بأن عقدهما  
لا وجود له في حق المالك اذا ولاية لهما عليه فاذا رد فقد بقي عدم شرط الثبوت فانه عدم أصلا في حقه  
فأنه يقع الانقضاء حكما ومنها العدة فانها تلزم على المرأة بتطبيق الزوج وان كان بغير علمها أجيب بأن  
العدة لا تجب بالطلاق حتى يتوقف نفاذ الطلاق على علم من تجب عليه العدة الا ترى أنها لا تجب بالطلاق  
قبل الدخول بل الطلاق تصرف في حق نفسه بازالة ملك أقدره الله تعالى عليه فانما تلزم في ضمن الطلاق  
والعبرة للمتضمن لا للمتضمن وأما ما قيل من جواز الفسخ له بتسلط صاحبه لما ذكرنا وقد عرف ما فيه  
﴿فروع﴾ اشتريا غلاما على أنهما بالخيار فرضي أحدهما لارد لا آخر عنده وقال له رد نصيبه ولو كان  
الخيار للعاقدين فقال البائع بمحضور المشتري أجرته ثم قال المشتري فسخته بمحضوره انفسخ فان  
هلك في يد المشتري سقط الثمن ولو بيد المشتري بالفسخ ثم البائع بالاجازة ثم هلك في يد المشتري قيمته  
ولو تفاسخ العقد ثم هلك في يد المشتري قبل الرد يبطل حكم الفسخ ذكره في المجتبى وفي الفتاوى  
باع أرضا على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام وتقابضا ثم نزع البائع البيع تبقى الأرض مضمونة على  
المشتري وللمشتري حبسها لاستيفاء الثمن الذي كان دفعه الى البائع فان أذن البائع بعد ذلك للمشتري  
في زراعتها فزراعتها تصير أمانة عند المشتري وكان للبائع أن يأخذها متى شاء قبل أن يرد الثمن وليس للمشتري  
حبسها لانه لما زرعتها باذن البائع صار كأنه سلمها الى البائع ولو مرض العبد والخيار للمشتري فلقى البائع  
فقال له نقضت البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البائع ولم يقبضه فان مضت المدة والعبد مريض لم يلزم  
المشتري وان صح فيها فلم يرد حتى مضت كان له أن يرد على البائع بذلك الرد الذي كان منه ومن باع على  
أنه بالخيار فصالحه المشتري على دراهم أو عرض بعينه على أن يسقط الخيار ويعضد البيع جاز وطالبة

قول (واذا مات من له الخيار بثل خياره) اذا مات من له الخيار سواء كان البائع أو المشتري أو غيرهما سقط الخيار ولزم البيع بخلاف ما اذا مات من عليه الخيار فإنه باق بالاجماع وقال الشافعي رحمه الله اذا مات من له الخيار انتقل الخيار الى وارثه لانه حق ثابت لازم في البيع فيجوز فيه الارث كخيار العيب وكخيار تعيين المبيع بأن اشترى أحد الثوبين على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء ولنا ان الخيار لا يقبل الانتقال لانه ليس الامتية وارادة واما عرض والعرض لا يقبل الانتقال والارث فيما يقبل الانتقال لانه خلافة عن المورث بنقل الاعيان الى الورث وهذا معذور لا معارض له من المنقول فيكون معولاً لا يقال قال عليه الصلاة والسلام من ترك ما لا أوحقنا لورثته والخيار حق فيكون لورثته لان المراد بحق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على ما مر والخيار ليس كذلك قيل المالكية صفة تنتقل من المورث اليه في الاعيان فهلا يكون الخيار كذلك وأجيب بأن المنتقل هو العين ونقل المالكية ضمنى قيل فليكن خيار الشرط كذلك بأن ينتقل المبيع من المورث الى الورث ثم الخيار يتبعه ضمناً وأجيب بأن الخيار ليس من لوازم المبيع بل الاصل عدمه وكم من مبيع لا خيار فيه بخلاف المأزك فانه يستلزم ملكية مالك وفيه نظر فان الكلام (١٣٥) في المبيع بشرط الخيار لا في مطابقه

والخيار يلزمه والصواب أن يقال الغرض الاصلى من نقل الاعيان ملكيتها وليس الخيار في المبيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الاصلى انتقال ما ليس كذلك فان قيل القصاص ينتقل من المورث الى الورث بذاته فمن غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك أجيب بأنه ثبت للورث ابتداء لانه شرع للتشفي وهما في ذلك سريان الا ان المورث متقدم فاذا مات زال التقدم وثبت للورث بما ثبت للمورث أعنى التشفي والخيار يثبت بالعقد والشرط والورث ليس بعاقده ولا شارط لا يقال البيع بشرط الخيار غير لازم فيورث

قال (واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته) وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجوز فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الامتية وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليماً فكذلك الورث فأما نفس الخيار لا يورث وأما خيار التعيين يثبت للورث ابتداء لا اختلاف ملكة تلك الغير لان يورث الخيار اذا حصله زيادة في الثمن وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على أن يسقط الخيار ويحط عنه من الثمن كذا ويعطيه هذا العرض جاز لانه زيادة في المبيع أوحط من الثمن ولو أمره ببيع عبده على أن يشترط الخيار له ثلاثة أيام فباعه مطلقاً لم يجز ولو أمره مطلقاً فباعه بشرط الخيار لا أمر أو لا جني صرح ولو وكاه بالشراعتي كذا صححناه وعلى ما ذكرنا من التفصيل الا أن العقد متى لم يتقدم على الأمر ينفذ على المأمور بخلاف البيع لان الشراء اذا لم يجز نفاداً نفذ على العاقد (قوله واذا مات من له الخيار بطل خياره) بائعاً كان أو مشترياً (ولم ينتقل الى ورثته) واذا بطل خياره يلزم البيع فان كان الخيار للبائع دخل ثمن المبيع في ملك ورثته وان كان الخيار للمشتري دخل المبيع في ملك ورثته والبائع الثمن في التركة ان لم يكن قبضه وقيد بمن له الخيار لانه اذا مات العاقد الذي لا خيار له فالأخر على خياره بالاجماع فان أمضى مضى وان فسخ انفسخ (وقال الشافعي يورث عنه) وبه قال مالك على ما هو في كتبهم المشهورة (لانه) أي الخيار (حق) للانسان (لازم) حتى إن صاحبه لا يملك ابطاله (فيجوز فيه الارث كخيار العيب والتعيين) فانهما يورثان بالاتفاق (ولنا أن الخيار ليس الامتية وارادة فلا يتصور انتقاله) لانه وصف شخصي لا يمكن فيه ذلك (والارث فيما) يمكن (فيه الانتقال) وهو الاعيان وانفذ مشيئة منصوب على انه خبر ليس وما في الشروح من أنه بدل من الخبر وتقديره أن الخيار ليس شيئاً الامتية مبني على قول ضعيف في العربية من أن يقدر المفعول غير مفرغ العادل له ويجعل ما بعد الابدله والمختار أن المفعول في مقام الازيد زيد فاعل بخلاف ما فاسوا عليه من خيار العيب

كذلك لا بطريق النقل فلا يفهم ما ذكرتم لان كلامنا مع من يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتقاله ولو التزم ملتزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد أو في حق الورث والاول مسلم ولا كلام فيه والثاني عين النزاع (قوله بخلاف خيار العيب) جواب عما فاس عليه وتقريره لا نسلم انه بطريق النقل بل المورث استحق المبيع سليماً فكذلك الورث فكان ذلك نقلاً في الاعيان دون الخيار وذلك لان سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك الجزء من المال مستحق للمشتري بالعقد فاذا طالب البائع بالتسليم ويجوز عن التسليم ففسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى في حق الورث لانه بخلاف المشتري في ملك ذلك الجزء بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الورث وكذلك خيار التعيين لا ينتقل بل الخيار سقط بالموت لكن الورث يورث المبيع وهو مجهول فثبت له خيار التعيين ولكن اختلط ماله بمل رجل ثبت له خيار التعيين وهذا الخيار غير ذلك الخيار ألا ترى ان المورث كان له أن يفسخ قوله وكان خياره موقفاً والورث ليس له الفسخ وليس خياره بموقوف



قال (ومن اشترى شيئا بشرط الخيار لغيره فأبهم ما أجاز جاز الخيار وأبهم ما تنقض) وأصل هذا أن  
 اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لأن الخيار من مواجب العقد  
 وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري  
 لأن الأرض فيه العين ومن جعلته الجزء المستحق فإذا دخل في ملكه تمام الاجزاء وبعضها محتبس عند  
 انسان كأن يختار أن يترك حقه أو يطلبه وهذا معنى ثبوت خيار العيب غير أن طلبه لا يمكن شرعا إلا  
 برد الكل وأما خيار التعيين فجعله أصلا آخر للشافعي لا يصح على أصله لأنه لا يجوز خيار التعيين فكأنه  
 ذكره الزمالة وجوابه كذلك أن الموروث هو أحد العينين الخيري تعيينه فينتقل إلى الوارث ذلك ولازمه  
 اختلاط الملكين فصار كما إذا ورث ما لا مشتر كفيثبت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والافراز وهو معنى  
 الخيار فجاء الخيار لازما للعين المورثة في الموضوعين ضمنا لا قصدا على وجه الاستقلال ولا يمكن ذلك فيما  
 فيه خيار الشرط لأن البيع ليس ملزوما للخيار لينتقل إلى الوارث بمقتضى على أنه لا يتصور فيما إذا كان  
 الخيار للمشتري فإنه لم يدخل المبيع في ملكه عند أبي حنيفة فلا يورث ووجهه قوى على ما تقدم ويقال على  
 أصل الدليل قولكم لا يتصور انتقال الوصف أن أردت حقيقة فسلم لكن مرادنا بالانتقال أن يثبت  
 للوارث شرعا ملك خلف ملك الميت أو استحقيقه لآعين ذلك الملك والاستحقاق المقيد بالاضافة إلى الميت  
 لأن ذلك غير ممكن فالوجه في الاستدلال ليس إلا أن يقال ثبت ذلك شرعا في أملاك الأعيان معلوم  
 متفق عليه وأما ثبوته عن الشرع في غيرهما من الحقوق يتوقف على الدليل السمي ولم يوجد وثني  
 المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي فإن قالوا بل قد وجد وهو ما روى عنه عليه الصلاة والسلام  
 أنه قال من ترك مالا أو حقا فليورثه ومن ترك كالا أو عيالا فليتركه قلنا الثابت قوله مالا في الصحيح وأما الزيادة  
 الأخرى فلم تثبت عندنا وما لم يثبت لم يتم به الدليل وأما الجواب بأن الملك إنما ينتقل في ضمن انتقال  
 العين فيعد أنه في غاية الضعف إلا معنى لكون الأرض انتة النفس ذات العين والملك يتبعها بقليل تأمل  
 فإن حقيقة انتقالها انما هو في المكان فإل إلى أن المراد انتقال ملكها ليس غير ثم يبين أن المراد بقولهم  
 انتقل ملكها بما ينفي كل ذلك الكلام والمحاورات المكتوبة في بعض الشروح هذا ويلزمه على تقدير  
 ثبوته أن يورث خيار المجلس عندهم والمنقول عنهم عدمه ثم نقول مقتضى النظر أن يتفرع عدم انتقال  
 الخيار إلى الورثة على قول أبي حنيفة أما على قولهما فينفي أن يورث فأنهما يثبتان الملك للمشتري بالخيار  
 في العين فينتقل إلى الورثة عين مملوكة له فيه خيار أن يقسخ كما في خيار العيب بعينه وفي خيار البائع ينتقل  
 الثمن مملو كالمهم (قوله ومن اشترى شيئا بشرط الخيار لغيره) يعني لغير الذي ليس هو عاقد أو الآخر  
 يصدق على البائع (فأبهم ما أجاز) من الشارط العاقد أو المشروط له الذي هو غيره (جاز وأبهم ما تنقض)  
 البيع (انتقض) فلفظ من مبتدأ والجملة الشرطية وهي أبهم ما أجاز خبره وإذا تضمن المبتدأ معنى  
 الشرط جاز دخول الفاء في خبره نحو الذي يأتي في درهم (وأصل هذا) أي جواز اشتراطه لغير العاقد  
 (أن جوازه استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر) وقول الشافعي وبقولنا قال مالك وأحمد  
 وهو الأصح من مذهب الشافعي إلا أن في ثبوته للعاقد مع ذلك الغير وجهين في وجه يثبت لهما وفي وجه  
 يثبت للغير وحده وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان في وجه بنفسه البيع وفي وجه يصح البيع  
 ويبطل الشرط وجه (قول زفر أن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد  
 كاشتراط الثمن على غير المشتري) واشتراط ملك المبيع لغير المشتري واشتراط تسليم الثمن أو المبيع على  
 غير العاقدين ولأن هذا تعليق انفساخ البيع وانبرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك وقياسا على خيار  
 الرؤية والعيب وجه الاستحسان أن الحاجة قد عس إلى اشتراطه للغير لأن شرعيته لاستخلاص الرأي  
 أي كبعض مواجب العقد

قال (ومن اشترى شيئا بشرط الخيار لغيره فأبهم ما أجاز جاز الخيار وأبهم ما تنقض) وأصل هذا أن  
 اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لأن الخيار من مواجب العقد  
 وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري

لأن الأرض فيه العين ومن جعلته الجزء المستحق فإذا دخل في ملكه تمام الاجزاء وبعضها محتبس عند  
 انسان كأن يختار أن يترك حقه أو يطلبه وهذا معنى ثبوت خيار العيب غير أن طلبه لا يمكن شرعا إلا  
 برد الكل وأما خيار التعيين فجعله أصلا آخر للشافعي لا يصح على أصله لأنه لا يجوز خيار التعيين فكأنه  
 ذكره الزمالة وجوابه كذلك أن الموروث هو أحد العينين الخيري تعيينه فينتقل إلى الوارث ذلك ولازمه  
 اختلاط الملكين فصار كما إذا ورث ما لا مشتر كفيثبت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والافراز وهو معنى  
 الخيار فجاء الخيار لازما للعين المورثة في الموضوعين ضمنا لا قصدا على وجه الاستقلال ولا يمكن ذلك فيما  
 فيه خيار الشرط لأن البيع ليس ملزوما للخيار لينتقل إلى الوارث بمقتضى على أنه لا يتصور فيما إذا كان  
 الخيار للمشتري فإنه لم يدخل المبيع في ملكه عند أبي حنيفة فلا يورث ووجهه قوى على ما تقدم ويقال على  
 أصل الدليل قولكم لا يتصور انتقال الوصف أن أردت حقيقة فسلم لكن مرادنا بالانتقال أن يثبت  
 للوارث شرعا ملك خلف ملك الميت أو استحقيقه لآعين ذلك الملك والاستحقاق المقيد بالاضافة إلى الميت  
 لأن ذلك غير ممكن فالوجه في الاستدلال ليس إلا أن يقال ثبت ذلك شرعا في أملاك الأعيان معلوم  
 متفق عليه وأما ثبوته عن الشرع في غيرهما من الحقوق يتوقف على الدليل السمي ولم يوجد وثني  
 المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي فإن قالوا بل قد وجد وهو ما روى عنه عليه الصلاة والسلام  
 أنه قال من ترك مالا أو حقا فليورثه ومن ترك كالا أو عيالا فليتركه قلنا الثابت قوله مالا في الصحيح وأما الزيادة  
 الأخرى فلم تثبت عندنا وما لم يثبت لم يتم به الدليل وأما الجواب بأن الملك إنما ينتقل في ضمن انتقال  
 العين فيعد أنه في غاية الضعف إلا معنى لكون الأرض انتة النفس ذات العين والملك يتبعها بقليل تأمل  
 فإن حقيقة انتقالها انما هو في المكان فإل إلى أن المراد انتقال ملكها ليس غير ثم يبين أن المراد بقولهم  
 انتقل ملكها بما ينفي كل ذلك الكلام والمحاورات المكتوبة في بعض الشروح هذا ويلزمه على تقدير  
 ثبوته أن يورث خيار المجلس عندهم والمنقول عنهم عدمه ثم نقول مقتضى النظر أن يتفرع عدم انتقال  
 الخيار إلى الورثة على قول أبي حنيفة أما على قولهما فينفي أن يورث فأنهما يثبتان الملك للمشتري بالخيار  
 في العين فينتقل إلى الورثة عين مملوكة له فيه خيار أن يقسخ كما في خيار العيب بعينه وفي خيار البائع ينتقل  
 الثمن مملو كالمهم (قوله ومن اشترى شيئا بشرط الخيار لغيره) يعني لغير الذي ليس هو عاقد أو الآخر  
 يصدق على البائع (فأبهم ما أجاز) من الشارط العاقد أو المشروط له الذي هو غيره (جاز وأبهم ما تنقض)  
 البيع (انتقض) فلفظ من مبتدأ والجملة الشرطية وهي أبهم ما أجاز خبره وإذا تضمن المبتدأ معنى  
 الشرط جاز دخول الفاء في خبره نحو الذي يأتي في درهم (وأصل هذا) أي جواز اشتراطه لغير العاقد  
 (أن جوازه استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر) وقول الشافعي وبقولنا قال مالك وأحمد  
 وهو الأصح من مذهب الشافعي إلا أن في ثبوته للعاقد مع ذلك الغير وجهين في وجه يثبت لهما وفي وجه  
 يثبت للغير وحده وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان في وجه بنفسه البيع وفي وجه يصح البيع  
 ويبطل الشرط وجه (قول زفر أن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد  
 كاشتراط الثمن على غير المشتري) واشتراط ملك المبيع لغير المشتري واشتراط تسليم الثمن أو المبيع على  
 غير العاقدين ولأن هذا تعليق انفساخ البيع وانبرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك وقياسا على خيار  
 الرؤية والعيب وجه الاستحسان أن الحاجة قد عس إلى اشتراطه للغير لأن شرعيته لاستخلاص الرأي

وطريق ذلك أن يثبت بطريق النيابة عن العاقد اقتضاه إذا لوجه لا بانه للغیر اصاله فيجعل كأنه شرطه لنفسه وجعل الاجنبي نائباً عنه في التصرف تصح حاله بقدر الامكان وفيه بحث من وجهين أحدهما ان شرط الاقتضاء أن يكون المقتضى أدنى منزلة من المقتضى الآخر من قال لعبد له حنف في عينه كفر عن عيذك بالمال لا يكون ذلك محرم بر اقتضاء لان التحرر أقوى من تصرف التكدير لكونه أصلاً فلا يثبت تبعاً لفرعه ولا خفاء ان العاقد أعلى مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء والثاني ان اشتراط الخيار للغیر لوجاز اقتضاء تصحح الجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بأن يجب الثمن على العاقد أولاً ثم على الغير كفالة عنه كذلك وأوجب عن الاول بأن الاعتبار للقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الاصل نظر الى الخيار والعاقد أصل من حيث التملك لأن من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الاصل بتبعيته فرعه وأما التحرير فانه الاصل في (١٢٧) وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعاً لفرعه

وعن الثاني بأن الدين لا يجب على الكفيل في البيع بل هي التزام المطالبة والمذكور ههنا هو الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضى التصحيح المقتضى ولو صححت الكفالة

ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائباً عنه تصحح التصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز جازوا به ما نقض انتقض (ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعمد بالسابق) لوجوده في زمان لا يراجعه فيه غيره ولو خرج الكلامان منه مما يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى وجه الاول ان تصرف العاقد أقوى لان النائب يستفيد الولاية منه

وقد يكون الانبان يعلم من نفسه قصور الرأى والتدبير غير واثق به في ذلك بل بغيره ممن يعلم حزمه ووجوده رأيه ومعرفة بالقيم وأحوال البياعات فيشرط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته فيجب تصحيحه وأجنبيته عن العقد انما تمنع ان سلمنا صحة ما نعتبه لو أخرناه أصلاً مستقلاً لكننا لم نعتبره الاتبع الثبوت الاشتراط للعاقد فيثبت اشتراطه لنفسه اقتضاء تصحح التصرف فيه ثبت لهما واستشكل باستزاه ثبوت ما هو الاصل بطريق الاقتضاء والثابت به انما هو يكون تبعاً لثبوت الملازمة ممنوعة لان المراد بالتبعية والاصالة بالنسبة الى ما هو المقصود أولاً وبالذات لا بالنسبة الى الوجود فالمقصود بالذات في قوله أعنتي عبدي عني بألف انما هو العتق فكان التملك مقصوداً لغيره تبعاً لقصده ليصح العتق عنه وان كان أصلاً بالنسبة الى الوجود فكذلك انما المقصود أولاً وبالذات ليس الا اشتراط للاجنبي لانه هو الذي يحصل به مقصود العاقد بالفرض فكان ثبوته للعاقد تبعاً للمقصود ليصح المقصود به فكان ثبوته بطريق الاقتضاء واقعا على ما هو الاصل في الاقتضاء هذا هو الحقيقي ان شاء الله تعالى ولا حاجة في جوابه الى تكلف زائد فان قيل فلم يجوز اشتراط الثمن على الأجنبي وتثبت كفايته اقتضاء كما يثبت الخيار له ويثبت للعاقد اقتضاء ما يجب بأن الثمن دين على العاقد والكفالة ليس فيما نقل الدين على الكفيل قالوا ثبتت الكفالة اقتضاء لاشتراطه على الأجنبي أبطلت المقتضى وهو اشتراطه فانه انما يعني به ثبوته على المشترط عليه على ما هو ثابت على العاقد نعم لو كفله كفالة صريحة بالثمن الدين صح (وعند ذلك) أي ضرورة الخيار لهما (يكون لكل منهما الخيار فأيهما أجاز جازوا به ما نقض) البيع (انتقض ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعمد بالسابق) لوجوده في زمان لا يراجعه فيه غيره ولو خرج الكلامان مما يعتبر تصرف العاقد في رواية (كتاب البيوع نقض أو أجاز) (والتصرف) الذي هو (الفسخ في أخرى) هي رواية كتاب المأذون سواء كان من العاقد أو وكيله الأجنبي (وجه الاول أن تصرف العاقد أقوى لان النائب يستفيد الولاية منه)

(و) في رواية ما دون المبسوط يعتبر (تصرف الفسخ) سواء كان من العاقد أو من غيره (وجه) القول (الاول أن تصرف العاقد أقوى) والاقوى يقدم على غيره وفقد ذلك أن تصرف النائب انما يحتاج اليه عند انتفاء تصرف المنوب وأما عند وجوده فلا احتياج اليه واستشكل ما اذا وكل رجلاً آخر بطلاق امرأته للسنة فطلقها الوكيل والموكل معافان الواقع طلاق أحدهما لا بعينه وأوجب بأن الترجيح يحتاج

(قوله تصح حاله بقدر الامكان) أقول وهذا وجه ثبوت اقتضاء (قوله والثاني ان اشتراط الخيار للغیر لوجاز اقتضاء تصحح الجاز اشتراط الخ) أقول في ظاهر عبارته تناقض بيان انه جعل الخيار ثابتاً للعاقد من اقتضاء ثم جعل اشتراط الخيار للغیر اقتضاء ودفع التناقض ان النيابة تثبت اقتضاء وان كان شرط الخيار يثبت بصريح اللفظ للغیر وأما اشتراط الخيار للعاقد فيثبت اقتضاء لانه لم يثبت صريحاً فتأمل ذلك (قوله فالجواب ان المشتري أصل الخ) أقول فيه بحث لا أنه لم لا يجوز أن يقال هنا أيضاً الاعتبار للقاصد والغير هو مقصود البائع عطا لثمن وجوابه ان الثمن على المشتري بحسب وضع الشرع

إليه عند ثنائي التعلين كأنفسن والاجازة وما اذا انحدا فالمطلوب حاصل بدونه فلا حاجة اليه و (وجه) القول (الثاني) ان الفسخ اولى لان  
 انجاز بلتمه الفسخ كتر اجاز والمبيع هلث عند البائع (والمفسوخ لا تلحقه الاجازة) فان العقد اذا انفسخ به لاث المبيع عند البائع لا تلحقه  
 الاجازة ولا خفاء في قوة ما يطرأ على غيره فغيره على ما ليس كذلك وتوقض بما اذا لاقي من له الخيار غيره فتناقض المبيع ثم هلث المبيع عند  
 المشتري قبل قبض البائع بحكم الآية فان على المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان للبائع فكان ذلك نسخا للفسخ وهو  
 اجازة للمفسوخ واجب بان الكلام في ان الاجازة لا تلحق المفسوخ وما ذكر ثم فسخ لا اجازة (وقيل الاول قول محمد والثاني قول أبي  
 يوسف) في المبسوط قيل والثاني اصح ولعل قوله ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف اشارة الى ذلك يعني لما كان كل  
 منهما أصلا في التصرف من وجه العاقد من حيث التملك والاجنبي من حيث شرط الخيار لم يرجح الامر من حيث التصرف فرجحنا من  
 حيث مال التصرف لا يقال الفسخ والاجازة من رابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لان جهة تلك العقد عارضته في  
 ذلك (قوله واستخرج ذلك) (١٢٨) يعني ان المنسوب اليه ما ليس بمنقول عنه ما (و) انما (استخرج بما اذا باع الوكيل من أحد والموكل كل

وجه الثاني ان الفسخ أقوى لان الجواز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد  
 منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد والثاني قول أبي يوسف واستخرج  
 ذلك عما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وأبو يوسف  
 يعتبرهما قال (ومن باع عبدين بألف درهم على انه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فابيع فاسد وان  
 باع كل واحد منهما بمائة على انه بالخيار في أحدهما جاب عنه جاز البيع) والمسألة على أربعة أوجه  
 أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب

والتصرف الصادر عن اصاله أقوى من التصرف الصادر عن نيابة واستشكل بما اذا وكل رجلا آخر بطلاق  
 امرأته فطلقاها معا فالواقع طلاق أحدهما الاطلاق الموكل عينا ولو كان المرح الاصيل تعين طلاقه  
 أوجب بأن الوكيل في الطلاق سفير كالموكل في النكاح فكانت عبارته عبارته فالصادر من كل منهما  
 عين الصادر من الآخر (وجه الثاني أن) لا ترجح بكونه أصيلا أو وكيلا لان الوكيل بعد ما استفاد  
 الولاية على الفعل كان مثله فاستنويا ثم يرجح بنفس التصرف و (الفسخ أقوى) لانه يلحق المجاز فيطله  
 والاجازة لا تلحق المفسوخ فغيره قال شمس الاثمة الصحيح ما ذكر في المأذون ثم قالوا (الاول قول محمد  
 والثاني قول أبي يوسف واستخرج) هذا الترجيح من مسألة اختلافهما في ما اذا وكل غيره يبيع عبده  
 فباع الموكل من رجل والوكيل من آخر فمحمد جعل البيع ممن باع منه الموكل ترجحا للتصرفه للاصالة  
 (وأبو يوسف يعتبرهما) على السواء فيجعل العبد مشتركا بينهما ويخير كل منهما لتفرق الصفقة  
 وعيب الشركة وقيل عند محمد يصح في النصف وينفسخ في النصف أي فيما اذا شرط الخيار لغيره لكن  
 يخير صاحبه لتفرق الصفقة عليه (قوله) ومن باع عبدين بألف على انه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام  
 فابيع فاسد الخ والمسألة على أربعة أوجه في ثلاثة البيع فاسد وفي واحدة صحيح (أحدها  
 أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار) وهي المذكورة في الجامع الصغير ويمكن أن يكون هو  
 المراد بالكتاب في قوله (وهو الوجه الاول) المذكور (في الكتاب) والظاهر أنه يريد به البداية لان الهداية

غيره معا فمحمد يعتبر فيه  
 تصرف الموكل وأبو يوسف  
 يعتبر تصرفهما) ويجعل  
 العبد مشتركا بينهما بالنصف  
 ويخير كل واحد من  
 الشريكين ان شاء أخذ  
 النصف بنصف الثمن وان  
 شاء نقض البيع ووجه  
 الاستخراج ان تصرف الفاسخ  
 أقوى عند أبي يوسف من  
 هذه المسألة أنه لم يرجح  
 تصرف المالك كما رجحه  
 محمد فلما لم يرجح تصرف  
 المالك ظهر أن ذلك في مسألة  
 بيع الموكل والوكيل يكون  
 العبد بين المشتريين بالنصف  
 فلما ثبت الرجحان هناك  
 لتصرف المالك لما لكتبته  
 والرجحان ثابت هنا لتصرف  
 الفسخ في نفسه لما ذكرنا أنه  
 وارد على الاجازة لا على  
 العكس رجحنا بحال التصرف  
 وهو تصرف الفسخ لانه

لامعارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك فتمت له كذا في النهاية وهو كلام لا اوضح شرحنا  
 فيه لان عدم رجحان تصرف المالك لما لكتبته هناك لا يستلزم رجحان الفسخ عنا ولا يدل عليه نعم هو يدل على ترجيح الفسخ على الاجازة  
 لا على وجه الاستخراج ولعل الاوضح في وجه ذلك أن يقال الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الاجنبي من العاقد ههنا في كون كل واحد  
 منهما ما يستفيد الولاية من غيره فيترجح تصرف العاقد من محمد كترجيح تصرف الموكل منه وترك ترجيح تصرف المالك من أبي يوسف  
 واعتباره ما يدل على انه لا ينظر الى أحوال المتصرفين لتساويهما فيه فبقى النظر في حال التصرف نفسه والفسخ أقوى لما ذكرنا  
 قال (ومن باع عبدين بألف) هذه المسألة على أربعة أوجه لان فيها تفصيل الثمن وتعيين من فيه الخيار فاما أن لا يحصل لأوجه أصلا  
 أو حصل التفصيل دون الثمنين أو العكس من ذلك فان كان الاول بأن باع عبدين بألف درهم على انه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام  
 (قوله لان عدم رجحان تصرف المالك) أقول حاصله انه لا يدخل لعدم ثبوت الرجحان هناك لتصرف المالك في ترتب قوله رجحناه وكلمة  
 لم تبدل على الترتيب (قوله لان فيها تفصيل الثمن الخ) أقول والسلب فرع تصور الإيجاب

فسد البيع بزيادة المبيع والتمن وحدهما أحدهما مفسد فيه. ثم ما أولى وذلك لأن التمن فيه الخيار كخارج عن العقد إذا انعقد مع الخيار لا يفسد. فتدق في حق الحكم فكان الداخل في العقد أحدهما وهو غير معارض وما حو كذلك فتمتة مثله وإن كان الثاني وهو أن يبيع مع كل واحد منهما ما بخمس مائة على أن بالخيار في أحدهما يفسد بزيادة المبيع لأن كل واحد من المبيع والتمن معارض فإن قيل العبد الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط صحة العقد في الآخر وهو شرط مفسد كقبول الخرفي عقد الثمن إذا جاع بينهما في البيع أجاب المصنف بأن ذلك غير مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محلاً للبيع فكان داخل في العقد وإن لم يدخل في الحكم فصار إذا جاع بين قن ومدير في البيع فإن المدير محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسداً (١٣٩) للعقد في الآخر بخلاف ما إذا جاع

بين حرقن فإن أخسر ليس بمحل للبيع أصلاً فلم يكن داخل في العقد ولا في الحكم ولقائل أن يقول في الجملة هو شرط لا يفتضيه العقد فكان مفسداً والجواب أنه ليس فيه نفع لأحد العاقدين ولا للعقود عليه فلا يكون مفسداً وأنه لم يفتضه فضل تأمل منك فاحط وإن كان الثالث مثل أن يقول بعت ما بألف كل واحد منهما بخمس مائة على أن بالخيار في أحدهما فالبيع فاسداً أيضاً لجهالة المبيع وإن كان الرابع لجهالة الثمن فإن قيل لو كان عدم التفصيل مفسداً للعقد في الآخر ففسد في القن إذا جاع بينهما وبين المدير أو أم الولد ولم يفصل الثمن أوجب بأن عدم التفصيل مفسد إذا أدى إلى البيع بالحصة ابتداء فيما إذا منع عن انعقاد العقد في حق الحكم مانع كشرط الخيار فإنه يجعل

فساداً بزيادة المبيع والتمن والمبيع لأن الذي فيه الخيار كخارج عن العقد إذا انعقد مع الخيار لا يفسد في حق الحكم فبقى الداخل فيه أحدهما وهو غير معارض والرجح الثاني أن يفصل الثمن وبين الذي فيه الخيار وهو المذهب كورثاني في الكتاب وإنما جاز لأن المبيع معلوم والثمن ما لم يقبل العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلاً للبيع كما إذا جاع بين قن ومدير والثالث أن يفصل ولا يعين والرابع أن يعين ولا يفصل فالعقد فاسد في الوجهين إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن

ثم ردها (وفساداً بزيادة المبيع والتمن) جميعاً وذلك أن الذي فيه الخيار لا يفسد البيع فيه في حق الحكم فكان كأنه خارج عن البيع والبيع انفساداً في الآخر وهو مجهول لجهالة الثمن فيه الخيار ثم غن المبيع مجهول لأن الثمن لا ينقسم في مثله على المبيع بالأجزاء وإنما هو الوجه الجائر أن يعين كالأبأن يقول بعتك كل واحد من هذين بخمس مائة على أن بالخيار في هذا الانتفاء المفسد من جهالة أحد الأمرين فإن قيل إن انتفى مفسد الجهالة فقد يتحقق مفسد آخر وهو أنه جعل قبول العقد في الذي فيه الخيار وهو غير داخل في الحكم شرطاً لانعقاده في الذي ليس فيه الخيار وذلك مفسد كالأب جمع بين حر وعبد وحيث لا يجوز البيع في العبد أجاب عنه المصنف بعد الإشارة إلى السؤال بقوله (وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه) أي من فيه الخيار (محلاً للبيع) فهو (كأب جمع بين قن ومدير) وباعهما بألف حيث ينفذ البيع في القن بحصته وإن كان قبول العقد في المدير شرطاً فيه وذلك لدخول المدير في البيع لحليته له في الجملة ولهذا الوقضى القاضي بجواز بيعه جاز فكان القبول شرطاً صحيحاً بخلاف ما شبه به من الجمع بين الحر والعبد لأن الحر ليس بمحل أصلاً فلا يدخل في البيع بمحل فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد وفي الجمع بين القن والمدير في البيع خلاف سيما في أن شاء الله تعالى في آخر البيع الفاسد وثانها بفسد ولم يعين الذي فيه الخيار كأن يقول بعتك كل واحد من هذين بخمس مائة على أن بالخيار في أحدهما ففسد لجهالة المبيع بسبب جهالة الثمن فيه الخيار ورابعها أن يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل الثمن وهو أن يقول بعتك هذين بألف على أن بالخيار في هذا الفساد لجهالة الثمن لأن المبيع وإن كان معلوماً بعتين من فيه الخيار إلا أن غنجه مجهول لما قلنا أن الثمن لا ينقسم عليهما بالسوية فإن قلت ما الفرق بين الذي لم يعين فيه الثمن وبين ما إذا جاع بين عبيدين في البيع بثن واحد فإذا أحدهما مديراً ومكاتباً أو جاريين فإذا أحدهما أم ولد حيث يصح البيع في القن بحصته من جملة الثمن مع أن غن كل منهما مجهول الكمية حال العقد ولا يصح في المسئلة المذكورة في الكتاب بالحصة أوجب بأن

(١٧ - فتح القدير خامس) العقد فيما شرط فيه الخيار في حق الحكم كالمعذور فلو انعقد في حق الآخر انعقد بالحصة ابتداء وهي مجهولة وليس فيما إذا جاع بين القن والمدير ما يمنع عن انعقاده في حق الحكم وله هذا الوقضى القاضي بجواز تنفيذ فكان قسمه الثمن في البقاء صيانة لحق محترم عند فسخ العقد على المدير وأم الولد لا ابتداء بالحصة

(قوله فكان الداخل في العقد) أقول أي خلاص الحكم (قوله وأنه لم يفتضه فضل تأمل منك فاحط) أقول وجه التأمل أن شرط الخيار فيه نفع لمن له الخيار حيث يترقى في الجواب أن شرط الخيار لما كان مجوراً شرعاً على خلاف القياس غير مفسد للعقد لم يسر منه فساد إلى الآخر تأمل

قال (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أحدهما ماشاء) ومن قال اشترت أحد هذين الثوبين على أن لي أن آخذ أحدهما شئت بعشرة دراهم إلى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحسانا وكذا الأتوب الثلاثة وأما إذا كانت الأتوب أربعة فالبيع فاسد والقياس أن يفسد البيع في الاثنين والثلاثة فسادا في الأربعة لأن المبيع أحد الأتوب غير معين فهو مجهول جهالة مفضية إلى النزاع لتفاوتها في نفسها وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر (١٣٠) والشافعي رحمه الله وجه الاستحسان أنه في معنى ما ورد فيه الشرع وهو خيار الشرط

قال (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أحدهما ماشاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز وكذا الثلاثة فإن كانت أربعة أتوب فالبيع فاسد) والقياس أن يفسد البيع في الكل جهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق والاطمئنان إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يشق به أو اختيار من يشتره لأجله ولا يمكنه البائع من الحل إليه إلا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردى وفيها والجهالة لا تقضى إلى المنازعة في الثلاثة لتعيين من له الخيار وكذا في الأربع إلا أن الحاجة إليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا تثبت بأحد مما قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين

من مشايخنا لم يشغل بالفرق وقال قياس ما ذكرهنا أن لا يجوز العقد في تلك المسائل في الفن وبصير ما ذكرهنا رواية في تلك المسائل ومنهم من اشتغل بالفرق وهو الصحيح وهو أن المانع من حكم العقد هنا مقترن بالعقد لفظا ومعنى فأثر الفساد لأن شرط الخيار يمنع الانعقاد في الشروط فيه فيكون كالمعذور فلم ينعقد فيه ابتداء فينعقد في الآخر بالخصلة ابتداء بخلاف تلك المسائل فإن المانع مقترن فيها معنى لا لفظا فيدخل المدبر ومن معه في البيع لما ذكرنا من محليتهم في الجملة ثم يخرجون بناء على استحقاقهم أنفسهم حكما شرعيا لم يتصل به حكم فاض يسقطه وعلى ما ذكرهنا يتفرع ما في فتاوى قاضيجان باع عبد بن علي أنه بالخيار فيه ما وقبضه ما المشتري ثم مات أحدهما لا يجوز البيع في الباقي وإن تراضيا على إجازته لأن الإجازة حينئذ بمنزلة ابتداء العقد في الباقي بالخصلة ولو قال البائع في هذه المسئلة تنقضت البيع في هذا أو في أحدهما كان لغوا كأنه لم يتسكّم وخياره فيه ما باق كما كان كالإيجاب عبد أو أحدا أو شرط الخيار لنفسه فنقض البيع في نصفه (قوله ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ الخ) المراد أن يشتري أحد ثوبين أو ثلاثة ثم غير معين على أن يأخذ أحدهما ماشاء وهذا خيار التعيين يعني أي الثوبين أو الثلاثة شاء على أنه بالخيار ثلاثة أيام فيما يعينه بعد تعيينه للبيع أما إذا قال بعثك عبدا من هذين بمائة ولم يذ كر قوله على أنك بالخيار في أيهما شئت لا يجوز اتفاقا كقوله بعثك عبدا من عبيدي وإن اشترى أحد أربعة لا يجوز (والقياس أن يفسد البيع في الكل) في أحد الاثنين والثلاثة كما يفسد في الأربعة (وهو) أي القياس (قول زفر والشافعي رحمه الله وجه الاستحسان أن شرع الخيار في خيار الشرط للحاجة إلى رفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأن الإنسان) قد يحتاج إلى رأي غيره في اختيار المبيعات وهو ليس بحضور وليس بحيث يحضر لعلوه أو لتعجبها خصوصا إذا كانت أهله لا ينبغي له أن يتركها تلج الأسواق وتعارض الرجال لشراء حاجته فاحتاج أن يدفع إليه العدم من ذلك النوع ليختار الأوفق (ولا يمكنه البائع من حله إليه إلا ميعافا كان في معنى ما ورد به النص) فيجوز (غير أن الحاجة تندفع بالثلاث لتحقيق الجيد والردى والوسط فيها) فيندفع بحمل واحد من كل نوع من الثلاثة فلا تشرع الرخصة في الزائد لأن شرع الرخصة للحاجة وقول المصنف (والجهالة لا تقضى إلى المنازعة) جواب عن تعليل زفر والشافعي

فجاء الحاقه ببيان ذلك أن شرع خيار الشرط للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأوفق له والأرفق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يشق به (لغيره) أو اختيار من يشتره لأجله كما مر أنه وبنته (والبائع لا يمكنه من الحل إليه إلا بالبيع) فكان باعتبار الحاجة (في معنى ما ورد به الشرع) ولا نسلم أن (الجهالة تقضى إلى المنازعة) لأنه لما اشترط الخيار لنفسه استبعد بالتعيين فلم يبق له منازع فكان عمله جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تقضى إلى المنازعة فأما عدم المنازعة فإنه بابت باشرط الخيار لنفسه سواء كانت الأتوب ثلاثة أو أكثر وأما الحاجة فانما تحقق في الثلاثة لوجود الجيد والوسط والردى فيه والزائد يقع مكررا غير محتاج إليه فانتفى عنه جزء (قوله بعشرة دراهم إلى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحسانا) أقول فيه أنه ينبغي أن يزيد قوله وفي الخيار كما فعله المصنف فإن المفهوم من

كلامه توقيت خيار التعيين إلا أنه غير إلى هذا إشارة إلى وجوب توقيت خيار التعيين إذا انفرد عن خيار الشرط كما سيبي بها (قوله فهو مجهول جهالة مفضية الخ) أقول لو كان منع الجهالة لانضمام إلى المنازعة فقط لم يحتج جواز البيع في الأربعة إلى مخصص أذ ليس فيه هذه الجهالة فالأولى أن لا يقيده الجهالة به كما فعله المصنف وغيره (قوله أو اختيار من يشتره لأجله كما مر أنه وبنته والبائع لا يمكنه من الحل إليه) أقول ضمير إليه راجع إلى من في قوله من يشتره



العلم والحكم لا يثبت الا بتمام علمه واعلم أن محمد رحمه الله ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير وفي المأذون وقال وهو بالخيار ثلاثة أيام  
 وذكر في الجامع الكبير وسكت عن ذلك وعلى ذلك اختلف المشايخ فيه فقال أكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقام معلوما  
 ثلاثة أيام فسادها عند أبي حنيفة وزيادة على ذلك في قولهما وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وقال بعضهم يصح العقد وان لم  
 يذكر الزيادة وذكرها في كذا كذا اتفاقا لا قصد او هو اختيار نحر الاسلام حجة الاولين ان جوازها بطريق الاطلاق بوضع السنة فلا  
 يصح بدونه وفيه نظر لان عدم انفساك الحق عن المحقق به ليس بشرط في الاطلاق كما أن القضاء والكفارة يحتاجان الى الاكل والشرب  
 عامدا في رمضان من جماع مع ان النص انما ورد به وحجة الآخر ان خيار التعيين مما لا يتوقف فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة  
 ومعناه ان العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غير عين من غير توقيت على الايام الثلاثة وأما اذا كان من غير ذكر خيار  
 الشرط فلا بد منه وهذا لان الحال لا يتخلو إما أن يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين (١٣٩) أو لا فان لم يذكر فلا بد من توقيت  
 خيار التعيين بالثلاثة عند

وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا  
 الاعتبار وفاقا لشرط او اذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبعدة معلومة  
 أيها كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشتري ثوبين وفي بعضهما اشتري أحد الثوبين وهو الصحيح  
 لان المبيع في الحقيقة أحدهما والاخر أمانة والاول تجوز واستعارة

بها واذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة الى اختيار ما هو الارفق والا وفق لمن يقع الشراء له حاضرا أو  
 غائبا يظهر أنه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشتري لأن البائع لا حاجة له الى اختيار الا وفق  
 والارفق لان المبيع كان معه قبل البيع وهو أدري بما لا دعه منه فيرد جانب البائع الى القياس فلهذا  
 نص في المجرى على أنه لا يجوز في جانب البائع وذكر الكرخي أنه يجوز استحسانا لانه بيع مجوز مع خيار  
 المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على الشرط وأنت عرفت الفرق ثم اختلف المشايخ في أنه هل  
 من شرط جواز هذا البيع أعني البيع الذي فيه خيار التعيين أن يكون فيه خيار الشرط كما قدمناه في  
 الصورة قبل نم كما (هو المذكور في الجامع الصغير) تصويرا على ما ذكرناه ونسبه قاضيان الى أكثر  
 المشايخ وقال شمس الأئمة في جامعهم هو الصحيح (وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير) وغيره  
 والمذكور في الجامع الصغير من الصورة وقع اتفاقا لا قيدا وصححه نحر الاسلام فقال الصحيح عندنا أنه ليس  
 بشرط وهو قول ابن شجاع وجه الاشتراط وهو قول الكرخي أن القياس يأبي جواز هذا العقد لجهة  
 المبيع وقت لزوم العقد وانما جاز استحسانا بوضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه ولا يخفى ضعف  
 هذا الكلام فانه يقتضي أن شرط الاطلاق بالدلالة أن يكون في محل الصورة الملحققة الصورة الثابتة  
 بالعبارة وكان يلزم أن لا يصح البيع بخيار النقد الا في بيع فيه خيار الشرط لأن صحة البيع على أنه ان  
 لم يتقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا يصح مما أثبت بدلالة نص خيار الشرط ولا يعلم اشتراط ذلك غير أنهم مان  
 تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه وهو جواز أن يرد كلا من الثوبين الى ثلاثة أيام ولو  
 بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع لان حاصل التعيين في هذا البيع الذي فيه شرط الخيار أنه عين المبيع  
 الذي فيه الخيار لانه يسقط خياره ولو ردا أحدهما كان بخيار التعيين ويثبت البيع في الآخر بشرط

(قوله وان لم يذكر الزيادة)  
 أقول يعني قوله ولي الخيار  
 الى ثلاثة أيام قال المصنف

(وهو المذكور في الجامع الصغير) أقول لم لا يجوز أن يكون المذكور في الجامع الصغير هو الخيار المعهود لا خيار التعيين (قوله وفيه نظر  
 الخ) أقول ولأن نقول مرادنا لا وابت من اشتراط الخيار لنفسه وقام معلوما اشتراط خيار التعيين لا خيار الشرط على ما قرره العلامة  
 الزيلعي في شرح الكفر فلا يرد النظر ان يعود الضمير على هذا الى خيار التعيين (قوله وحجة الآخر ان جوازها بطريق الاطلاق بوضع السنة) أقول  
 كما لو ثبت هذا الخيار بسبب الاختلاط كذا في الذخيرة والمحيط البرهاني وهذا هو الوجه وأما ما ذكره الشارح فخلله بين فان التوقيت  
 المذكور فيما اجتمع فيه الخيار ان توقيت لهما ولهذا استدل على وجوب التوقيت في خيار التعيين بعبارة محمد في الجامع الصغير على  
 ما فصل في المحيط والذخيرة فيجبر على التعيين بعد مضي الايام الثلاثة وهذا هو أثر توقيت خيار التعيين كما اذا لم يذكر خيار الشرط معه  
 ووقت ومضى مدته بلفرق فتأمل ثم أقول بحصل كلام الشارح أنه يبقى خيار التعيين بعد انقضاء مدة خيار الشرط اذا كان مجامع الله  
 على ما كان قبله انما يعين المشتري أحدهما فظهر أنه ينفك عن خيار الشرط فليتأمل (قال المصنف والاول تجوز واستعارة) أقول ويجوز

(ولذلك أسددهما وتعيب لزوم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر لأمانة) حتى إذا هلك الآخر بعد ذلك الأول أو تعيب لا يلزم عليه من ثمنه شيء وهذا لأن المبيع مشتق (١٣٣) الرد لان رد ما ياتى يكون اذا لم يتعين مبيعاً وهو في دعوا ذلك منهم فكان التعيب

ولذلك أسددهما وتعيب لزوم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر لأمانة لا ممتنع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعاً ما يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما الشيوع البيع والامانة فيهما

الخيار ولو مضت اسلثة قبل رد شيء وتعيينه بطل خيار الشرط وانبرم البيع في أحدهما وعليه أن يعين وثمان المشتري قبل اسلثة ثم يبيع أحدهما وعلى الوارث التعيين لان خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل الى الوارث ليميز ملكه من ملك غيره على ما ذكرنا ولهذا لا يتوقف في حق الوارث كذا كره المصنف لانه صار بمنزلة الشرير المختلط ماله بمال غيره فلم يطلب شريكه القسمة لم يتعين عليه ولا يقوت وقته وان لم يراضيا على خيار الشرط معه لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة كفاي خيار الشرط لانه أصله وعندهما أي مدة تراضيا عليهم ابد كونهما معاومة وعلى هذا يجب أنه اذا كان فيه خيار الشرط قضت المدة حتى انبرم في أحدهما ولزم التعيين أن يقيّد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت وحينئذ فاطلاق الطحاوي قوله خيار الشرط موقت بالثلاثة في قوله غير موقت بهما عندهما وخيار التمييز غير موقت فيه نظر وقد جوب بالفرق على قول أبي يوسف حيث قصر المدة على الثلاثة في خيار النكاح أخذ بالقياس ولم يقصر في خيار التعيين علمه بأوجب بأن في خيار النكاح تعليلها بحداد الشرط فلا يكون الوارد في خيار الشرط وادار فيه بخلاف خيار التعيين ليس في صريح التعليق فكان في معناه وهذا يوجب أن أخذه في خيار النكاح في الثلاثة أثر لابن عمر فيه ونفي الزائد بالقياس وأثر ابن عمر نقله الفقيه أبو الليث في شرح الجامع عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريج عن سليمان مولى ابن البراء قال بعث من عبد الله بن عمر جارية على أنه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا يبيع بينهما فأجاز ابن عمر هذا البيع ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه الا أنه لا يطابق قول المصنف في مسألة خيار النكاح فيما تقدم فأبو يوسف رحمه الله أخذ في الأصل بالأثر وفي هذا بالقياس (قوله ولو هلك أحدهما أو تعيب لزوم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر لأمانة لا ممتنع الرد بالتعيب) علله المصنف بامتناع الرد بالتعيب فيعرف منه أن هذا اذا كان بعد أن قبضهما لا ممتنع رده بسبب العيب الذي حدث فيه عنده وتقدم أن الهلاك لا يعزى عن مقدمة عيب فلو هلك الآخر بعده هلك بغير شيء لانه تعين انه أمانة أما لو هلك أحدهما قبل القبض أو تعيب فلا يبطل البيع والمشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بثمنه وان شاء ترك ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع (ولو هلكا معاً) بعد القبض (لزوم نصف ثمن كل واحد منهما بالشيوع البيع والامانة) فليس أحدهما أولى بكونه المبيع من الآخر وكذا اذا هلكا على التعاقب ولم يدر السابق منهما أو أثر هذا انما يظهر اذا كان ثمنهما متفاوت الكمية فان كانا متفقين فلا وكذا اذا هلكا على التعاقب فاختلغا في الهالك أولاً فدعى البائع أنه أكثرهما ثمناً وقال المشتري الاقل فان القول قول المشتري مع ميمنه على ما استقر عليه قول أبي يوسف ومحمد وكان أبو يوسف يقول أولاً يتحالفان فأيهما نكل لزومه دعوى الآخر وان حلفا يجهل كأنهما هلكا معاً ثم رجع الى ما ذكرنا من قول محمد وأيهما بين قبل فان أقامها قاضى بينة البائع لأبائهما الزيادة ولو تعيبا معا بطل خيار الشرط وامتنع عليه ردهما وخيار التعيين على حاله فيملك أيهما شاء بثمنه وورد الآخر ولا يغرم من قيمة عيب المرءود شيئاً استخساناً لان المبيع محل لا بداء البيع أيضاً بخلاف الهالك ليس محلاً لا بدائه فليس محلّاً لتعيينه ولو كان البيع فاسداً انقبضت فاحدهما مضمون عليه بالقيمة والآخر أمانة ولو ماتا جميعاً ضمن نصف قيمة كل منهما بخلاف البيع الصحيح فانه يضمن نصف ثمن كل واحد فان قيل من أين يتعين المبيع للبيع دون الامانة وأحدهما لا على التعيين مبيع كما أن أحدهما لا على التعيين أمانة وامتناع الرد للعيب المعلن

اختياراً لانه فان قبض الآخر فلا يكون أقل من المتبوض على سوم الشراء وخالفه يجب استنحية عند الهلاك أوجب بأن أقل من ذلك لان المتبوض على سوم الشراء متبوض على جهة البيع وهذا ليس كذلك لانه لم يقبض الآخر ليشتره وقد قبضه باذن المالك فكان أمانة فان قيل كيف انعكس حكم المسئلة فيما اذا طلق الرجل إحدى امرأته أو أعتق أحد عبديه فبانت أحدهما فان الباقية تتعين للطلاق دون الهالك وكذلك في العتاق أوجب بأن المرأة اذا أشرفت على الهلاك خرجت عن محليّة وقوع الطلاق فتعينت الباقية لذلك والثوب اذا أشرفت عليه خرج عن محليّة الرد عليه فتعين لكونه مبيعاً ولو هلكا جميعاً معازمه نصف ثمن كل واحد منهما لعدم أولوية أحدهما لكونه مبيعاً فشاع البيع والامانة فيهما

أن يكون على حذف المضاف والقرينة القرينة قوله فكان التعيب اختياراً دلالة أقول فيه بحث قوله لانه لم يقبض الآخر ليشتره الخ أقول أي يستديم اشتراءه فان مقصوده

استدامة اشتراء أحدهما وقد تعين ذلك الاحد بالتعيب فبقى الآخر أمانة (أقول أوجب بأن المرأة اذا أشرفت على الهلاك خرجت عن محليّة وقوع الطلاق) أقول فيه تأمل فان خروجها عن محليّة وقوع الطلاق بالأشراف على الهلاك غير مسلم

وأما إذا ذكر خيار الشرط فثبت له خيار الشرط وخيار التعيين لا يتوقف على الأيام فلا أن يرد شيئا بخيار الشرط في الأيام الثلاثة لأنه أمين في أحدهما فيرد به بحكم الأمانة توفي الآخر مشتملة بشرط اختيار لنفسه فيتمكن من رده فإذا مضت الأيام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقي له خيار التعيين فيرد أحدهما وإن اختار أحدهما الزمه نفسه لأنه عين المبيع فيه ولزمه وكان في الآخر أمينا فإن ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن ولومات المشتري في الأيام الثلاثة بطل خيار الشرط وبقي الوارث خيار التعيين فلا أن يرد أحدهما أما بطلان خيار الشرط فلما تقدم من أنه لا يورث وأما بائع خيار التعيين فلا اختلاط ملكه بملك الغير فإن قيل دل لموم قوله من له خيار فائدة قلت كأنه إشارة إلى أن خيار التعيين قد يكون للبائع فإن الكرخي ذكر في مختصره أنه يجوز استحسانا قالوا إليه أشار محمد في الماذون لأن هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البيع قياسا على خيار (١٣٣)

البيع مع خيار المشتري  
أنما يجوز بخلاف القياس  
باعتبار الحاجة إلى اختيار  
ما عو الأرفق بمحضرة من  
يقع الشراء له وهذا المعنى  
لا يتأتى في جانب البائع لأنه  
لا حاجة له إلى اختيار الأرفق  
إذا المبيع كان معه قبل  
البيع فيرد جانب البائع إلى  
مقتضى القياس ولم يذكره  
محمد في بيوع الأصل ولا  
في الجامع الصغير وتبين مما  
ذكرنا أن المبيع أحد  
الثوبين والآخر أمانة  
والتركيب الدال على ذلك  
حقيقة ومن اشترى أحد  
الثوبين وقد اختلف نسخ  
الجامع الصغير كما ذكره  
المصنف في بعضها اشترى  
أحد الثوبين ولا يحتاج  
إلى معذرة وفي بعضها ثوبين  
وهو مجاز وأثبتنا نحر  
الاسلام وقال في وجه المجاز

ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعا ولومات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لأن الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقف في حق الوارث وأما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل قال (ومن اشترى دارا على أنه بالخيار)

به فرع اعتبار أنه هو المبيع وفيه التحكم إذا اعتبار أنه المبيع ليس بأولى من اعتباره الأمانة أجيب بأن اعتبار المبيع عمل بالدليل الحادث وهو البيع فانه سبب لا يجب الضمان ذكره القاضى عبد الغنى في مختلفاته وأما عدم الضمان على الأمين فباستصحاب الحاصل فإن قيل لم يضمن الآخر إذا هلك ثانيا باعتبار أنه مقبوض على سوم الشراء الجواب بمنع أنه كملك بل المقبوض كل منهما على حقيقة الشراء لأحدهما وليس هنا شيء على سوم الشراء لأن ما على سوم الشراء لا ينجز فيه عقد بل تعين الثمن فقط وهنا ينجز تمام العقد فلم يزم بالضرر ورهان قبض العينين على أن أحدهما غير عين مبيعا وأحدهما غير عين أمانة فإذا فرض وجود ما يعين المبيع منهما من الأسباب تعين الآخر للأمانة فإن قيل لا شيء فكيف حكم طلاق أحدى الزوجتين وعق أحد العبدین هنا حيث يتعين للطلاق والعقاق الباقي لا الهالك وهنا يتعين الهالك للبيع أجاب على التقي بأنه لا فرق في الحاصل لأن الهالك يملك على ملكه في المسائل كلها غير أنه إذا هلك كل من الزوجة والعبد على ملكه تعين الباقي بالضرورة للطلاق والعقاق فإذا هلك العبد هنا على ملكه تعين الباقي للأمانة وأنت تعلم أن حقيقة السؤال أنه لا شيء يجعل الهالك هنا هو المحلل للتصرف دون الباقي وهناك جعل المحلل للتصرف الباقي دون الهالك مع أن التصرف في الكل في الاحداث الدائر بين المعينات فلا بد من الفرق وهو أن العبد هنا لما أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محللا لرد الباقي الذي قلناه من المختلفات فتعين العقد فيه بتعين الباقي للضرورة وحين أشرفت الزوجة والعبد على الهلاك لم يخرج عن كونهما محللا للطلاق والعقاق وهو التصرف فتعين الباقي له ما ضرورة وهذا بخلاف ما إذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك أحدهما فانه يمنع عليه رد الآخر لأن العقد تناولا لهما جميعا حتى ملكا تمام العقد فمما إذا تعذر عليه رد أحدهما لا يتمكن من رد الآخر لما فيه من تفریق الصفقة على البائع قبل التمام وهنا العقد انما يتناول أحدهما حتى لا يملك تمام العقد فمما (قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار) ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر عندهما

ان كل واحد منهما مالما احتمل أن يكون مبيعا قال (اشترى ثوبين وقال غيره هو من باب اطلاق اسم الكل على البعض كما في قوله تعالى يخرج منهم الأول والثاني أضاف الخروج إليهما وإن كان يخرج من أحدهما قال (ومن اشترى دارا على أنه بالخيار) رجل اشترى دارا بخيار الشرط

(قوله وأما إذا ذكر خيار الشرط) أقول معطوف على ما تقدم في هذا القول بنصف ورقة تخمينيا وهو قوله فإن لم يذكر فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث (قال المصنف لأن الباقي خيار التعيين للاختلاط) أقول يعني لا للشرط ولهذا لا يتوقف في حق الوارث الخ فقوله ولهذا أيضا لكون الباقي خيار التعيين الذي شرطه من له الخيار بل خيار ابتدأ كما سبق ولهذا لا يتوقف وهذا ظاهر للتأمل فلا وجه لما قاله الانتاى قال المصنف (ومن اشترى دارا إلى قوله إلى اختياره الملك) أقول لا يخفى عليك أن اللازم من هذا الدليل سقوط الخيار لطلب الشفعة بدون أخذها فليست أملا والظاهر أن المراد بالاختلاف من بطله

(فبيعت دار أخرى بجنيها في مدة الخيار فأخذها بالشفعة فذلك الاختراض) يسقط به الخيار لأن أخذه بطلب الشفعة وطلبه الشفعة دليل على اختيار الملك لأن طلب الشفعة لا يثبت الادفع ضرر الجوار. والجوار يثبت باستدانة الملك واستدانة الملك تقتضي الملك ولا ملك مع الخيار فيسقط الخيار ويثبت الملك من وقت الشراء فكان الجوار ثابتا عند بيع الدار الثانية وهو موجب الشفعة وهذا التقرير يحتاج إليه المذهب أي حنيقة خاصة لأن خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة وأما عندهما فإن المبيع يدخل في ملكه فيجوز له أن يأخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره لأن الشفعة لدفع ضرر الجوار الدخيل والانسان لا يدفع ضرر الجوار في دار يريد ردها قال شمس الأئمة أما وجوب (١٣٤) الشفعة للمشتري فواضح على مذهبهم مالا لأنه مالك الدار المبيعة وأما عند أبي حنيفة

فبيعت دار أخرى بجنيها فأخذها بالشفعة فهو رضا) لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لأنه ما ثبت الادفع ضرر الجوار وذلك بالاستدانة فيضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيثبت الملك من الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج إليه المذهب أي حنيقة خاصة (قال وإذا اشترى الرجلان عبدًا على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يردّه) عند أبي حنيفة وقاله أن يردّه وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية

(فبيعت دار إلى جنيها فأخذها بالشفعة فهو رضا) بالبيع فيسقط خياره واستغنى عن هذا أن من اشترى دارا بالخيار له أن يشفع بها فيما يباع بجنيها لأن له الإجازة والرضا والشفعة بهارضاها لأنها تدل على اختياره الملك فيما يشفع به (لأنه) أي الشأن (ما ثبتت) الشفعة (الادفع ضرر الجوار وذلك) أي ضرر الجوار يحصل (باستدانة) الملك حيث شفع دل على أنه مستقيم للملك (فيضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيثبت الملك من الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج إليه المذهب أي حنيقة خاصة) لأنه القائل بأن المشتري بالخيار للمشتري لا يدخل في ملك المشتري فلا يشفع بها وقد قال يشفع بها فاحتاج إلى جعله فعلا بقيد الرضا بالبيع فينبرم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون سابقة على شرائها فيه الشفعة أما على قولهما فلا حاجة لأنهما قائلان بأن المشتري بالخيار ملكها فتجبه له الشفعة بها والوجه أنهم ما أيضا يحتاجان إلى زيادة ضمنية لأن الملك وإن كان ثابتا عندهما قلده رفعه فهو منزل والشفعة لدفع الضرر المستمر فحين شفع دل على قصده استبقاء الملك فيسقط خياره فلا يفسح بعد ذلك وفي المبسوط على تقدير أنه لم يملكه على قول أبي حنيفة وعدم هذا التقرير قال لأنه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب فانهم ما يستحقان الشفعة وإن لم يملكوا رقبه الدار بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع فإن المشتري هناك لم يصبر حتى بالتصرف فيها ولو اعتبر المأذون والمكاتب كالوكيل عن السيد في الحال كان حسنا ورجع الأخذ بالشفعة إلى سبب الملك هذا ولو كان خيار رؤية كان له أن يشفع في الدار المبيعة إلى جانبها ولا يسقط به خيار الرؤية حتى إذا رآها كان له أن يردّها بعد ما شفع بها وسيأتي أنه لو أسقط خيار الرؤية صريحا لا يسقط لأنه معلق بالرؤية فقبلها هو عدم حقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية أنه إذا رآها ثبت له خيار الرؤية وكذا لا يبطل خيار العيب بالأخذ بالشفعة به (قولهم وإذا اشترى الرجلان عبدًا) مثلا (على أنهما بالخيار ورضي أحدهما بالبيع) بطل خيار الآخر (فليس له أن يردّه عند أبي حنيفة روجه الله وقاله أن يردّه وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية) بأن اشترى الرجلان شيئا فاطمعا على عيب فرضي به أحدهما دون الآخر لم يكن للآخر رده عنده وعندهما لذلك أو اشترى بالمرى فافقه الرؤية فرضي

فلا نه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب إذا بيعت دار بجنب دارهما فانهم ما يستحقان الشفعة وإن لم يملكوا رقبه دارهما بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع لأن المشتري لم يصبر حتى بالتصرف فيها ولو اشترى دار المرهاف فيبيعت بجنيها دار أخرى فأخذ بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية لأنه لم يسقط بصريح الاستقاط بدون الرؤية فكذا بدلالته وسيأتي قال (وإذا اشترى الرجلان عبدًا على أنهما بالخيار ثلاثة أيام فرضي أحدهما دون الآخر فليس للآخر أن يردّه عند أبي حنيفة روجه الله وقاله أن يردّه) وكذا إذا اشترى به ورضي أحدهما بعيب فيه وكذا لو اشترى به ولم يره ثم رآه (قال المصنف فيثبت الملك من وقت الشراء) أقول

إنما قال من وقت الشراء إذا صرح لاثبات الملك في الاوقات التي بعده حتى يتعين له (قوله) لا يثبت الادفع ضرر الجوار) أقول يعني فلا بد من الجواز (قوله) فيسقط الخيار ويثبت الملك الخ) أقول ولا يخفى عليك أن بين سقوط الخيار وثبوت الملك من وقت الشراء اتفاقا لأن سقوط الخيار يكون بعد ثبوته وثبوته لا يجتمع الملك عند أبي حنيفة الخ) قال المصنف (فليس للآخر أن يردّه عند أبي حنيفة الخ) أقول لقائل أن يقول لم يذهب أبو حنيفة أنه إذا ردا أحدهما فليس للآخر أن يرضي وما الذي يترجم به جهة الرضا على الرد

(لهما ان اثبات الخيار لهما اثبات لكل واحد منهما) وكل ما هو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وفيه نظرا لاننا نسلم ان اثبات الخيار لهما اثبات لكل واحد منهما لا ترى ان من وكل وكيلين أثبت الوكالة لهما وليس لاحدهما أن يتصرف دون الآخر وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لان الشركة في الأعيان المجتمعة عيب فان البائع قبل البيع كان متمكنا من الانتفاع متى شاء وبعده اذا ارد البعض لا يتمكن الامهات والخيار ثبت نظر المني هو له على وجه لا يلحق الضرر منه بغيره وانما قيد الضرر بالرائد لان في امتناع الرد ضرر أيضا للرائد لكن لما لم يكن من الغير بل العجز عن ايجاد شرط الرد كان دون الاول فان الضرر الحاصل من الغير أقطع وأخرج من الحاصل من نفسه فان قيل يبعه منها رضائنه لعيب التبعض أحيب بأنه ان سلم فهو رضائه في ملكهما لا في ملك نفسه فان قيل حصل العيب بد البائع بفعله لان تفرق (١٣٥) الملك انما هو بالعقد قبل القبض قلنا بل

حصل بفعله المشتري برد نصفه والمشتري اذا عيب المعقود عليه في بد البائع ليس له أن يرد به بحكم خياره لكن هذا العيب يعرض الزوال لمساعدة الآخر على الرد فاذا امتنع ظهر عله (قوله وليس من ضرورة اثبات الخيار) جواب لهما وتفسير به ان اثبات الخيار لهما ليس عين الرضا برد أحدهما وهو ظاهر ولا الرضا برد أحدهما لازم من لوازم اثبات الخيار لهما لتصور الانفكاك بتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما قال (ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب) رجل اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب فكان بخلافه بأن لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمى به القاعل خبازا أو كاتباً

لهما ان اثبات الخيار لهما اثبات لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما ماردة معيبا به وفيه الزام زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد قال (ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك) أحدهما دون الآخر (لهما ان اثبات الخيار لهما اثبات لكل واحد منهما فلا يسقط حقه باسقاط صاحبه) حقه (وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما ماردة معيبا به وفيه الزام ضرر زائد) فان البائع كان بحيث ينتفع به متى شاء كيف شاء فصاحب بحيث لا يقدر على ذلك الا بطريق المهاداة والخيار ما شرع لدفع الضرر عن أحدهما بالحق الضرر بالآخر فان قيل هذا الضرر حصل في ملك البائع قلنا ممنوع لانه بعد خروجه عن ملكه فان مع خيار المشتري يخرج المبيع عن ملك البائع فان قيل لما شرط الخيار لهما فقد رضى بهذا العيب أحيب أنهما رضى به في ملكهما فان قيل بل رضى به مطلقا لان الخيار مع اوم أنه قد يكون عند فسخ وقد يكون عند ابرام فشرطه رضا بكل من الامرين أجاب عنه المصنف بقوله (وليس من ضرورة) الى آخره يعني لا يلزم من كونه شرط لهما أن يكون راضيا بفسخ أحدهما لجواز كونه لرضاه بنفسه مستحكما فاذا جاز هذا كان هو الطاهر والظاهر أن التصرف من العاقل اذا احتمل كلا من أمرين في أحدهما ضرر دون الآخر انما أراد الاحتمال الذي لا ضرر فيه لان الظاهر بل اللازم عدم قصد العاقل الى ما يضره بلا فائدة (قوله ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب) أي حرقه ذلك (فكان بخلاف ذلك فالثالث) ترى بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه ولو مات هذا المشتري انتقل الخيار الى ورثته اجماعا لانه في ضمن ملك العين وهذا الشرط حاصله شرط وصف مرغوب فيه في المبيع ولو كان موجودا فيه دخل في العقد وكان من مقتضياته فكان شرطه اذا لم يكن فيه غرر صحاحه والاصل في اشتراط الاوصاف ان ما كان وصفا لا غرر فيه فهو جائز وما فيه غرر لا يجوز الا أن يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجوده وهو ما ليس مرغوبا فيه فعلى هذا ينفرع ما لو باع نافعة أو شاة على أنها حامل أو تحلب كذا فالبيع فاسد عندنا خلافا لما في على الاصح عنده لانه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها حتى لو شرط انها حامل جاز كما اذا شرط في الفرس انه هملاج وفي الكلب أنه صائد حيث يصح ومنه شرط كونه ذكرا أو أنثى وشرط كونه الثمن مكدولا به أم لا واشترى جارية على أنها حامل فهو بالخيار بين أخذها بجميع الثمن وبين ردها اذ لم يتنع الرديسبب من الاسباب فان امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية يقوم العبد كائنا أو خبازا على أدنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بطلاق الشرط لانه نهاية في ذلك كافي وصف السلامة المستحق بطلاق العقد و يقوم غير كاتب وخباز فينظر الى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك أمارده

(قوله وفيه نظرا لاننا نسلم ان اثبات الخيار لهما) الخ أقول ولك أن تقول لو لم يثبت لكل واحد منهما الخيار لما انفعده البيع في نصيب من رضى بالمبيع لكنه متعدد ولا كذلك الوكالة فلما لم (قوله وليس لاحدهما أن يتصرف دون الآخر) أقول فيه أن ذلك أيضا لما فيه من ابطال حق الآخر (قوله ضرر للرائد) أقول أي المريد الرد (قوله لان تفرق الملك انما هو بالعقد) أقول ان أراد تفرق الملك بين المشتريين فالبايع من الرد ليس كذلك وان أراد تفرقه بين البائع والراعي فلاننا نسلم انه بالعقد بل بفعل المشتري (قوله ليس له أن يرد به الخ) أقول يعني وكذا لا يرد اذا كان الرد موجبا للعيب



فلا ين هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو ظاهر وهو احتراز عن ليس مرغوب فيه كما اذا باع على انه أعور فاذا هو سليم فانه لا يوجب الخيار وكل ما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد الشرط لانه الرجوع الى صفة الثمن أو المثل كان ملائماً للعقد ألا ترى انه لو كان موصوفاً في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر (١٣٦) فلا يكون مفيداً له ونقض بما اذا باع شاة على انها حامل أو على انها تحلب كذا فان

لان عذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم قوائه يوجب التخيير لانه ماضى بدونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاعراض فلا يفسد العقد بعد مخرجه وصف الذكورة والاثوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا أخذته بمجموع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

فاختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز كالناقة والشاة وقيل يجوز لان الخيار في الجوارى عيب بخلاف البهائم فكان ذكره للبراعة عن هذا العيب وقيل ان اشتراها ليتخذها ظئراً فشرط انها حامل يعني ذكر غرضه ذلك للبائع فالبيع فاسد لانه شرط زيادة مجهولة في وجودها غير فكانت كالناقة وان لم يرد ذلك جاز حلالاً لصد البراعة من عيب الحمل ومنه لا يشتريه على انه معيب فوجده سليماً صحيح وكان له هذا ومذهب الحسن عن أبي حنيفة في شرط الحمل في البقر والجارية أنه يجوز وروى ابن سماعة عن محمد في اشتراط انها حلوبة لا يجوز لان المشروط هنا أصل من وجهه وهو اللبن قال محمد في مسئلة ثمان فان قبضه المشتري ووجده كاتبا أو خبازا على أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد ومعناه أن يوجده منه أدنى ما ينطق عليه اسم الكاتب والخباز أعنى الاسم الذي يشعر بالخرقة فان فعل من ذلك ما ليس كذلك كان له حق الرد بأن يكتب شيئا سيرا ناقصا في الوضع أو يخبز قدر ما يدفع عنه الهلاك بأكله وإذا لم يجده كاذرا وامتنع الرد بسبب من الاسباب رجح المشتري على البائع بمحضته من الثمن بأن يقوم العقد كاتبا وغير كاتب فيرجع بالتفاوت رعن أبي حنيفة لا يرجع بشيء لان ثبوت الخيار للمشتري بالشرط لا بالعقد وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البائع فكذا هذا والصحيح ما في ظاهر الرواية وبه قال الشافعي لان البائع عجز عن تسليمه وصف السلامة كافي العيب ولو اختلف المشتري والبائع بعد مدة فقال المشتري لم أجده كاتبا وقال البائع سلمته اليك كاتبا ولكنه نسي عندك والمدة تختمل أنه نسي في منلهما فالقول للمشتري والاصل في هذا أن القول لمن تمسك بالاصل وان العدم في الصفات العارضة أصل والوجود في الصفات الاصلية أصل وشهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة اذا تأيدت بمؤيد وان لم تأيد تعتبر في ثبوت توجه الخصومة لا في الزام الخصم اذا عرف هذا فاذا اختلفا قبل القبض أو بعده فقال المشتري ليس بهذا الوصف وقال البائع هو بهذا الوصف للحال يؤمر بالخبر والكتابة فان فعل ما ينطلق عليه الاسم على ما ذكرنا لم يضر المشتري ولا يرد ولا يعتبر قول العبد في ذلك وان قال البائع سلمته بها ونسي عندك والمدة تختمل ذلك والمشتري ينكر ذلك فالقول قول المشتري ورده لان الاصل عدم هذه الصفة وان لم يكن قبضه لم يجبر على قبضه ودفع الثمن حتى تعرف هذه الصفة ولو اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا قبل القبض أو بعده فقال البائع بكر للحال وقال المشتري ثيب فان القاضي يري النساء فان ثيب بكر لم يضر المشتري ولا يمين البائع لان شهادتهن تأيدت عنها يؤيد لان الاصل البكارة وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لان الفسخ حق قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تأيد بمؤيد لكن يثبت حق الخصومة لتوجه اليمين على البائع اذ لا بد للمشتري من الدعوى والخصومة والخصومة حق ضعيف لانها ليست بمقصودة لذاتها فجاز أن تثبت بشهادتهن فيحلف البائع بالله لقد سلمتهما بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبض يحلف بالله لقد بعتهما وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لم يضر المشتري

البيع فيه وفي أمثاله فاسد والوصف مرغوب فيه وأجيب بأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وضم المعلوم الى المجهول يصير الكل مجهولا ولهذا الوشرط انها حلوب أولون لا يفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوي سلمناه لكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله ولا الى معرفته سبيل بخلاف ما نحن فيه فان له أن يأمره بالخبر والكتابة فيظهر حاله وأما انتفاخ البطن فقد يكون من ريح وعلى تقدير كونه ولدا لا تعلم حياته وموته ولا يسيل الى معرفته واذا ثبت ذلك فقوائه يوجب التخيير لان المشتري ماضى بالمبيع دون ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لان هذا الاختلاف أى الذى يكون من حيث قوائه الوصف مرغوب فيه هنا راجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاعراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما اذا اشترى شاة على انها أنجبة فاذا هي حمل فصار الاصل ان الاختلاف الحاصل

بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الفاخر في الاعراض كان راجعا الى الجنس كما اذا باع عملة فاذا هي جارية وفسده العقد وان كان مما لا يوجب كذا راعا المثل فلا يفسده لكنه يوجب التخيير لقوائه وصف السلامة وأما أخذته بمجموع الثمن فلا ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد تدخل من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم والله أعلم

(قوله سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البائع الخ) أقول لا يظهر فائدة هذا التقييد فليست

## باب خيار الرؤية

قال (ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه) بجميع الثمن (وان شاء رده) وقال الشافعي لا يصح العقد أصلا لان البيع محمول

وروى عن أبي يوسف ومحمد في رواية أنها ترد بينهما حتى قبل القبض بلاعين من البائع وان لم يكن عند القسائي من النساء من يثق بهن لا يحلف البائع لان العيب لم يثبت له حال فلا يثبت حق الخصومة فلا يتوجه اليقين على البائع فتلزم الجارية على المشتري الى أن يحضر من النساء من يوثق بهن ولو قال بعثها وسلمتها اليك وهي بكر وزالت بكارتها في يدك فالقول قوله لان الأصل في البكارة ولا يبرم القاضي النساء لان البائع مقر بزوال البكارة وانما يقول زالت في يدك واعلم انه اذا شرط في البيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسدا وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار وتارة يستمر صحيحا ولا خيار للمشتري وهو ما اذا وجد خيرا مما شرطه وضابطه ان كان المبيع من جنس المسمى فقيه الخيار والنبات اجناس أعنى الهري والاسكندري والمروي والكثان والقطن والذ كرمع الانثى في بني آدم جنسان وفي سائر الحيوانات جنس واحد والضابط خش التفات في الاغراض وعدمه فان اشترى ثوبا على انه اسكندري فوجده بلديا أو هندي فوجده مرييا أو كان فوجده قطنا أو أبيض مصبوغ بعصفر فاذا هو برعفران أو داراء على أن بناءها آجر فاذا هو ابن أو على أن لبناء ولا تخجل فيها فاذا فيها بناء أو تخجل أو أراضا على أن جميع أشجارها مثمرة فوجده واحدة غير مثمرة أو على انه عبد فاذا هو جارية أو فصاعلى أنه ياقوت فاذا هو زجاج فهو فاسد في جميع ذلك ولو اشترى جارية على أنها مولدة الكوفة فاذا هي مولدة بغداد أو غلام على انه تاجر أو كاتب فاذا هو لا يجنبه أو على انه ذليل فاذا هو خصي أو عكسه أو أنها بغلة فاذا هو بغل أو ناقة فكان جلا أو لم يعز فكان لحم ضأن أو على عكسه ونحو ذلك فله الخيار ولو اشترى على انه بغل فوجده بغلة أو جارا أو بعيرا فاذا هو تان أو ناقة أو جارية على انه تان أو حجل أو ثيب فاذا هي بخلافه جاز ولا خيار له لانه صفة أفضل من الصفة المشروطة وينبغي في مسألة البعير والناقة أن يكون في العرب وأهل البوادي الذين يطلبون الدر والنسل أما أهل المدن والمكاريب فالبعير أفضل ولو باع دارا بما فيها من الخدوع والخشب والابواب والتخيل فاذا ليس فيها شيء من ذلك لا خيار للمشتري

## باب خيار الرؤية

قدمه على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم والازوم بعد التمام والاضافة من قبيل اضافة الشيء الى شرطه لان الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية (قوله ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه) بجميع الثمن وان شاء رده) سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها مثل أن يشتري جرابا فيه أبواب هروية أو زيتا في زق أو حنطة في غرارة من غير أن يرى شيئا ومنه أن يقول بعثك دزة في كمي صفها كذا أو ثوبا في كمي صفته كذا وهذه الجارية وهي حاضرة منتقبة فله الخيار اذا رأى شيئا من ذلك وفي المبسوط الاشارة اليه أو الى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه ولا الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى لكن اطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمى جنس المبيع أو لا وسواء أشار الى مكانه أو اليه وهو حاضر مستورا ولا مثل أن يقول بعث منك ما في كمي بل عامة المشايخ قالوا اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده وطائفة قالوا لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه والظاهر أن المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الأئمة وغيره كصاحب الاسرار والخيرة ابعدا القول بجواز ما لم يعلم جنسه أصلا كان يقول بعثك شيئا بعشرة وقول المصنف (وقال الشافعي لا يجوز العقد أصلا) هو فيما لم يسم جنسه قول واحد انه

## باب خيار الرؤية

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه أقوى منه اذ كان تأثيره في منع تمام البيع وتأثير خيار العيب في منع لزوم الحكم قال القدوري من اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز معناه أن يقول الرجل لنفسه بعثك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا أو الذرة التي في كمي هذه وصفها كذا أو لم يذكر الصفة أو يقول بعث منك هذه الجارية المنتقبة فانه جائز عندنا وله الخيار اذا رآه وعند الشافعي لا يجوز وكذا العيب الغائب المشار الى مكانه وليس في ذلك الممكان بذلك الاسم غير مسمى والمكان معلوم باسمه والعين معلومة قال صاحب الاسرار لان كلامنا في عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا أي بالاجماع قال الشافعي المبيع مجهول والمجهول لا يصح بيعه كالبيع بالرقم

## باب خيار الرؤية

قال العلامة الكاكي في المبسوط الاشارة اليه والى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه أو الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى أقول في كون الاشارة الى المبيع أو الى مكانه شرط جواز سمي بالاجماع كلام فتمتل

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تنفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافق رده فصار كجهالة الوصف في المعائن المشار اليه

لا يجوز وأما فيما سمي جنسه وصفته على ما نقل في شرح الوجيز والحلية أنه يجوز على قوله القديم وعلى قوله الجديد لا يجوز وعن مالك وأحمد مثل قولنا واختاره كثير من أصحاب الشافعية منهم القفال وهو قول عثمان بن عفان وطحا رضي الله عنهما وذلك كالمصنف في وجه قوله أن المبيع مجهول مقتصر عليه يعني وكل ما كان كذلك لا يجوز بيعه انتهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ونهيه عن بيع ما ليس عند الإنسان وما ذلك إلا لجهالة قلنا أما النبي عن بيع ما ليس عندك فالمراد منه ما ليس في الملك إذا نفا ما ليس في حضرتك ونحن شرطنا في هذا البيع كون المبيع مملوكا للبائع فقصينا عهدته وأما ما بيع الغرر فلفظه يفيد أنه غير ذلك ليس إلا بأن يظهر له ما ليس في الواقع فيبني عليه فيكون مغرورا بذلك فيظهر له خلافه فيتضرر به وكيف كان فلا شك بعد القطع ونحن نقطع بأن النبي عن ذلك لما يلزم الضرر فيه ونقطع بأن لا ضرر فيما أجزأنا من ذلك أعما يلزم الضرر ولو لم يثبت له الخيار إذا رآه فما إذا أوجبنا له الخيار إذا رآه فلا ضرر فيه أصلا بل فيه محض مصلحة وهو ادراك حاجة كل من البائع والمشتري فإنه لو كان له به حاجة وهو غائب وأوقفت جواز البيع على حضوره ورؤيته لم يتضرر بغيره فثبت أن يذهب فيساومه فيه آخر رآه فيشتريه منه فكان في شرع هذا البيع على الوجه الذي ذكرنا من إثبات الخيار عند رؤيته محض مصلحة لكل من العاقلين من غير حقوق شيء من الضرر فأني تناولته النبي عن بيع الغرر والأحكام لم تشرع إلا لمصلحة العباد قطعاً فكان مضمراً وعاقطه فوجب أن يحمل الحديث على البيع البات الذي لا خيار فيه لأنه هو الذي يوجب ضرر المشتري والنهي قطعاً ليس إلا لذلك فظهر أن كل ما من الحديث لم ينف ما أجزأه فكان يفيد قولاً بلا دليل وكفانا في إثباته المعنى وهو أنه مال مقدور التسليم لا ضرر في بيعه على الوجه المذكور فكان جائزاً ويبقى الحديث الذي ذكره المصنف زيادة في الخبر وهو ما رواه ابن أبي شيبة والبيهقي مرسلين حديثنا سمعنا عن أبي هريرة بن عبد الله بن أبي مريم عن مكحول رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم من اشتري شيئاً لم يره فلا خيار إذا رآه إن شاء أخذ وإن شاء ترك والمرسل حجة عند أكثر أهل العلم وتضعيف ابن أبي مريم بجهالة عدلته لا ينفي علم غير المضعفين بها وقد روى هذا الحديث أيضاً الحسن البصري وسلمة بن المحبق وابن سيرين وهو روى أي ابن سيرين أيضاً وعمل به مالك وأحمد وهو ممن نقل عنه تضعيف ابن أبي مريم فدل قبول العلماء على ثبوته والحق أن عمل من ضعف ابن أبي مريم على وفق حديثه يبنى على أن العمل على وفق الحديث هل هو صحيح له وهي مسألة مختلفة بين الأصوليين والمختار لا مال يعلم أن عمله عن الحديث وقد روى الحديث أيضاً فرواه أبو حنيفة عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم من اشتري شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه ورواه الدارقطني من طريق أبي حنيفة إلا أن في طريقه إلى أبي حنيفة عن ابن إبراهيم السكري نسب إلى وضع الحديث وهذا لا بد من كون المراد في الحديث بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية به من أفراد المعنى المجازي وهذا لوجود مسائل اتفافية لا يكتفي بالرؤية فيها مثل ما إذا كان المبيع مما يعرف بالشتم كسكك اشتراه وهو يراه فإنه انما يثبت الخيار له عند شتمه فله الفسخ عند شتمه بعد رؤيته وكذا لو رأى شيئاً ثم اشتراه فوجد متغيراً لأن تلك الرؤية غير معرفة بالمقصود إلا أن وكذا الشراء لا يعي يثبت له الخيار عند الوصف إذا فاق فيه الوصف مقام الرؤية وقول المصنف (فصار كجهالة الوصف في المعين المشار إليه) يعني فيما

(قوله فان قيل هو معارض الخ) أقول فيه كلام لان النهي يقتضي المشروعية

لان السلم انما لا يجوز عند ترك الوصف لافضاء الجهة الى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك (قوله وكذا اذا قال) تبرع على مسئلة القدوري يعني كما ان له الخيار اذا لم يقبل رضى فكذا اذا قال ذلك ولم يره ثم رآه لان الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذى روينا والمعلق بالشئ لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط ولانه لو لم يلزم العقد بالرضا قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص عندها فبأدى الى بطلانه فهو باطل (قوله وحق الفسخ) جواب سؤال تقريره ولم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لانه من نتائج ثبوت الخيار له كالتبطل فكان معلقا بما افلا يوجد قبلها وتقرير الجواب ان حق الفسخ يحكم انه عقد غير لازم لانه لم يقع منه ما يجاز فسخه لو شاء فيه ألا ترى ان كل واحد من العقادين في عقد (١٣٩) الذبيحة والعارية والو كالة تلك الفسخ

باعتبار عدم لزوم العقد وان لم يكن له خيار لا شرطا ولا شرعا بخلاف الوضائفه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز ان ياتيه على وجه يؤدى الى بطلانه كما مر آنفا وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو ملزم والخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا ملزمه لان ما هو شرط للزوم فهو شرط للعدم (قوله ولان الرضا بالشئ) جواب سؤال آخر وتحقيقه ان الامضاء الرضا والرضا بالشئ (لا يتحقق قبل العلم بأوصافه) لان الرضا استحسان الشئ واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور وأما الفسخ فأنما هو لعدم الرضا وهو لا يحتاج الى معرفة المحسنات لا يقال عدم الرضا لاستقباح الشئ واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور لان عدم الرضا قد يكون باعتبار ما به

(وكذا اذا قال رضى ثم رآه أن يرد) لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ قبل الرؤية يحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضا بالشئ قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضى قبل الرؤية بخلاف قوله رد

اشترى أو بامشار اليه لا يعلم عدد ذرعه ان يرد تشبيهه بذلك في مجرد ثبوت الجواز لا بيقيد ثبوت الخيار لانه لا خيار في المشبهة أعنى الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس في هذا البيع فيبقى الفائت مجرد علم الوصف وقوله (وكذا اذا قال رضى) الى آخره أى وكذا له الخيار اذا رآه يعني اذا قال رضى كائنا ما كان قبل الرؤية ثم رآه أن يرد لان ثبوت الخيار معلق في النص بالرؤية حيث قال فهو بالخيار اذا رآه والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت وقوله وحق الفسخ الجواب عن مقدرو هو طلب الفرق بين الفسخ والاجازة قبل الرؤية فانه اذا أجاز قبله الا يلزم واذا فسخ قبله لم يلزم مع استواء نسبة التصرفين في تعليقهما بالشرط في الحديث ولا وجود للعقل قبل الشرط وحاصل الجواب أن المعلق بالشرط هو عدم قبل وجوده اذ لم يكن له سبب غير ذلك الشرط فان الشئ قد يثبت بأسباب كثيرة فالحديث للمعلق بالخيار بالرؤية ثبت به تعليق كل من الاجازة والفسخ لان معنى الخيار أن له أن يميز وان يفسخ ثم ثبت الاجازة بسبب آخر فبقى على عدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية بخلاف خيار العيب سببه وهو العيب قائم قبل الرؤية فاذا قال رضى قبل الرؤية سقط خيار اذا اطلع عليه لرضاه بالعيب قبل ذلك وأما الفسخ فثبت له سبب آخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشتري وما كان غير لازم عليه له أن يفسخه بالضرورة كالعارية والذبيحة والافهول لازم وقد فرض غير لازم هذا خلف وقد سلك المصنف رحمه الله مسلك الطحاوى في عدم نقل خلاف في جواز الرد قبل الرؤية ونقل في التحفة فيه اختلاف المشايخ منهم من منع وانه لا رواية فيه وأما قول المصنف (ولان الرضا بالشئ قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضى قبل الرؤية) فلو لم يلزم ان لا يصح البيع بشرط البراعة من العيوب لان حاصله الرضا بالبيع قبل رؤية العيب ثم ان يمنع الفسخ قبل الرؤية أن يمنع وجود سبب آخر غير الرؤية وقوا لكم عدم لزوم سبب آخر قبل الرؤية فلنا منع تحقق عدم الزوم بل نقول قبل الرؤية البيع بات فليس له فسخه فان الشارع علق اثبات قدرة الفسخ والاجازة التي هي الخيار بالرؤية فقبله يثبت حكم السبب وهو الزوم الى غاية الرؤية ثم رفعه عند ما ثبت قدرة الفسخ والاجازة معا وعلم أن خيار الرؤية يثبت في أربعة مواضع ليس غير شراء الاعيان والاجازة والصلى عن دعوى مال على عين والقسمه وعرف من هذا أنه لا يكون في الديون فلا يكون في المسلم فيه ولا في الأيمان الخاصة بخلاف مال

من انتفاء احتياجه الى المبيع أو ضياع ثمنه أو استغلائه فلا يلزم الاستقباح ذكر في التحفة ان جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه ولكن المشايخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياسا على الاجازة وقال بعضهم يصح دون الاجازة وهو مختار المصنف

(قوله وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار) أقول بل ذلك لعدم وقوعه منه ما لو شاء فيه على ما فصله الجيب غايه ما في البيان أن عدم الانبرام باعتبار انه يثبت له الخيار عند الرؤية وهذا لا يستلزم عدم وجوده بدونه فليستأمل (قوله والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها الخ) أقول هذا أيضا ممنوع لما سيجي في الصفحة القابلة أن المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر قال المصنف ولان الرضا بالشئ قبل العلم بأوصافه لا يتحقق أقول فيه أن عدم العلم بأوصافه غير موقوف فان غير المرئي قد يعلم بالوصف ويجوز أن يقال المراد هو العلم الشخصي بأوصافه

قال (ومن باع مالم يره) من ورث شيئا فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولاه الخيار اعتبارا بخيار العيب فإنه لا يختص بجانب المشتري بل إذا وجد البائع الثمن زبناه فهو بالخيار أن شاء حوزته وإن شاء رده كالمشتري إذا وجد البيع معيبا لكن العقد لا ينفسخ رد (١٤٠) الثمن وينفسخ رد المبيع لأنه أصل دون الثمن وبخيار الشرط فإنه يصح من الجانبين كما تقدم (وهذا) أي

الخيار للبائع انما هو باعتبار (أن لزوم العقد بتمام الرضا زوالا) أي من جهة البائع (وثبوتا) أي من جهة المشتري (وتمام الرضا لا يتحقق الا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية) فإن بالرؤية يحصل بالاطلاع على دقائق لا تحصل بالعبارة (فلم يكن البائع راضيا بالزوال) فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ (وجه القول المرجوع اليه أنه معلق بالشراء فلا يثبت دونه) كما تقدم فإن قيل البائع مثل المشتري في الاحتياج لتمام الرضا فيلحق به دلالة أجيب بأنهم مالم يسين فيه لأن الرد من جانب المشتري باعتبار أنه كان يظنه خيرا مما اشترى فبرده لقوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رد لردده باعتبار أن المبيع أزيد مما ظن فصار كالمو باع عبدا بشرط أنه معيب فإذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار وإذا لم يكن في معناه لا يلحق به قيل المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر وهذا وجد القياس على المشتري والخيارين فليجز من البائع وأجيب بأنه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس سلناه لكن القياس على مخالفة الإجماع باطل وتحكيم جبر بن عثمان وطلحة كان بمحض من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ولم ينكره أحد فكان إجماعا على ما ذكر في المتن فبطل الخلاف دلالة وقياسا ولهذا يرجع أبو حنيفة حين بلغه الحديث

قال (ومن باع مالم يره فلا خيار له) وكان أبو حنيفة يقول أولاه الخيار اعتبارا بخيار العيب وبخيار الشرط وهذا لأن لزوم العقد بتمام الرضا زوالا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه أنه معلق بالشراء فلا يثبت دونه) كما تقدم فإن قيل البائع مثل المشتري في الاحتياج لتمام الرضا فيلحق به دلالة أجيب بأنهم مالم يسين فيه لأن الرد من جانب المشتري باعتبار أنه كان يظنه خيرا مما اشترى فبرده لقوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رد لردده باعتبار أن المبيع أزيد مما ظن فصار كالمو باع عبدا بشرط أنه معيب فإذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار وإذا لم يكن في معناه لا يلحق به قيل المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر وهذا وجد القياس على المشتري والخيارين فليجز من البائع وأجيب بأنه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس سلناه لكن القياس على مخالفة الإجماع باطل وتحكيم جبر بن عثمان وطلحة كان بمحض من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ولم ينكره أحد فكان إجماعا على ما ذكر في المتن فبطل الخلاف دلالة وقياسا ولهذا يرجع أبو حنيفة حين بلغه الحديث



قال (ثم خيار الرؤية بوقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه خيار يتعلق بالاطلاع على حال المبيع فأشبهه الردي العيب والاصح عندنا انه باق ما لم يوجد ما يبطله لانه ثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى الى أن يوجد ما يبطله عند الرضا ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه والثابت في ذلك ان المشتري بالخيار اذا فعل في المبيع ما يتحقق به مرة ويحصل في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار والابطال فائدة الخيار لان امكان الرد عند عدم المرافقة بعد الامتحان فان لزمه المبيع بفعل ما يتحقق به أول مرة فانت فائدة الخيار ويعلم من هذا انه اذا فعل ما لا يتحقق به أو يتحقق به لكنه لا يحل في غير الملك بحال أو يتحقق به ويحل في غير الملك لكن فعلة مرة ثانية كان دليل الاختيار فعلى هذا اذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لانه مما يتحقق به ويحل في غير الملك في الجملة فلما استخدمها مرة ثانية في ذلك النوع من الخدمة كان اختيار الملك لعدم الحاجة اليها وحصول الامتحان بالاولى ولو وطئها بطل خياره لانه وان كان مما يتحقق به لان صلاحها للوطء قد لا يعلم بالنظر لكن لا يحل الوطء في غير الملك فكان اختياره قيل يشكل على هذا الكلي مسئلتان ابعدا عما انه لو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجهنم اذ افأخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرواية وبطل خيار الشرط والثانية اذا عرض المبيع بشرط الخيار على المبيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية والمسئلتان في فتاوى قاضيان وأجيب بان الاصل فيه ما عوان خيار الرؤية لا يبطل بصره في الرضا قبل الرؤية لما ذكرنا فلا يبطل بدليل (١٤١) الرضا بالطريق الاولى لانه دونه ثم اخذ

بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا فلذلك لا يعلن في ابطال خيار الرؤية وفيه نظر لانه ليس بدافع والحق ان الاشكال ليس بوارد لانه قال وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية وهو ليس بكلي مطلق بل مقيد بأن يكون تعيبا أو تصرفا يعني في المبيع والاخذ بالشفعة والعرض على البيع ليسا منه ما فلا يكونان واردين ثم التصرف الذي يبطل خيار الرؤية

ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى أن يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاغتياق والتدبير أو تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعد ها لانه لما لم تعذر الفسخ فبطل الخيار

أحد خلافه كان اجماعا سكو تيا ظاهرا (قوله ثم خيار الرؤية غير موقت) بوقت خلاف المذهب اليه بعض المشايخ من انه موقت بعد الرؤية بقدر ما يتحقق فيه من الفسخ فاذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم البيع فيه واختار انه لا يتوقف (بل يبقى الى أن يوجد ما يبطله) يبطله (ما يبطل خيار الشرط من تعيب) يعني بعد الرؤية (أو تصرف يبطل خيار الرؤية) بقبيل تفصيل نذكره في التصرف لا مطلقا فلذلك اوجبه بقوله (ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه) للتصرف (كالاغتياق) للعبد الذي اشتراه ولم يره (وتدبيره أو تصرفا يوجب حقا للغير) كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري فخلوص الحق فيه للمشتري وقوله (كالبيع المطلق) انما يريد به المطلق عن شرط الخيار للبائع لانه لا يخرج المبيع عن ملكه وكالهبة مع التسليم (والرهن والاجارة يبطل خيار الرؤية) سواء وجدت بعد الرؤية أو قبلها لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ واذا (عذر الفسخ شرعا بطل الخيار) ووجب تقدير قيد في الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم له الخيار اذا رآه مقيدا بما اذا لم يوجب موجب شرعي عدمه

على ضربين تصرف يبطله قبل الرؤية وبعد ها وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدها فأما الاول فهو الذي لا يمكن رفعه كالاغتياق والتدبير أو الذي يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط والبيع بخيار الشرط للمشتري والرهن والاجارة وهذا ان هذا التصرف يعتمد الملك وملك المتصرف في العين قائم فصادف المحل ونفذ وبعد نقوده لا يقبل الفسخ والرفع فتعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة وكذلك تعلق حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو ائقك الرهن أو مضت مدة الاجارة أو ورد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قيل ان بطلان الخيار قبل الرؤية يخالف لحكم النص الذي رويناه والثاني ان هذه التصرفات إما أن تكون صريح الرضا أو دلالة وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف أبطلته وأجيب عن الاول بان ذلك فيما أمكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات لا دورها عن أهلها مضافة الى محلها انعقدت صحيحة وبعد صحته لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة

(قوله فأشبهه الردي العيب) أقول فيه تأمل (قوله والضابط في ذلك) أقول يعني أن الضابط يفهم مما ذكرنا قوله ويعلم (قوله ويحل في غير الملك) في الجملة أقول يعني باجارة المالك (قوله قيل يشكل على هذا الكلي على قوله والثانية اذا عرض الخ) أقول ولك أن تقول هما أيضا يبطلانه بعد الرؤية وذلك يكفي في صحة الكلية فانه لم يفسخ خيار الرؤية مطلقا (قوله والعرض على البيع) أقول لان سلم أن العرض على البيع ليس من التصرف في المبيع والسند ما يذكره المصنف من جعل المساومة منه (قوله مانع من الفسخ) أقول أي فسخ البائع استقلالا (قوله لا يمكن رفعها) أقول مطلقا أو من التصرف مستقلا

وعن الثاني بأن دلالة الرضا لا تروى على سريته اذ لم تكن من ضرورات صريح آخر وهو انه هذه الدلالة من ضرورة صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء الازم محال وأما الثاني فهو الذي لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل الخيار قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا أي لا يزيد عليه وصريح الرضا لا يبطله قبل الرؤية فدلالة أولى يعني اذ لم يكن من ضرورات الغير ويبطله بعد ما لو جرد الدلالة مع عدم المانع (قال ومن نظر الى وجه الصبرة) اعلم ان المبيع إما أن يكون شيئا واحدا أو أشياء متعددة والثاني إما أن يكون متفاوتا لا حادوا ولذلك أقسام ثلاثة فان كان الاول فليس رؤية الجميع شرطا بطلان خيار الرؤية لانه رؤية الجميع قد تكون منهذرة كما اذا كان عبدا أو جارية فان رؤية جميع بدنها رؤية عورتها ما وذلك في العبد لا يجوز أصلا فسخ العقد أو لم يفسخ وفي الامثلة فسخ العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر في عورتها واقعا في غير المثل لان العقد ارتفع بالفسخ من أصله (١٤٣) فصار كأنه لم يكن فكان النظر الواقع حراما وكذا اذا كان المبيع ثوبا مطويا فان

وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا (قال ومن نظر الى وجه الصبرة) أولى ظاهر الثوب مطويا أو الى وجهه الجارية أو الى وجهه الدابة وكفلها فلا خيار له (والاصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فمكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع أشياء فان كان لا تتفاوت أحادها كالكيل والموزون وعلايته أن يعرض بالنموذج مكتفي برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان تتفاوت أحادها كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فمما ذكره الكرخي وكان ينبغي أن يكون مثل الخنطة والشعر لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكمل يعرض بالنموذج

البائع بتصرفه بانكسار ثوبه بالطي والتشريف مكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد وان كان الثاني كالثياب والدواب والبيض والجوز فمما ذكره الكرخي فلا بد من رؤية كل واحد لان رؤية البعض لا تعرف الباقي لتفاوت في أحاده وان كان الثالث كالكيل والموزون والعديد المتقارب والجوز والبيض على ما مال اليه المصنف مكتفي برؤية واحد منهم لان برؤية البعض يعرف الباقي لعدم التفاوت وعلامة عدم التفاوت أن يعرض بالنموذج الآن يكون الباقي اردأ مما فاعلى هذا اذا نظر الى وجه الصبرة بطل الخيار لانه يعرف الباقي لانه مكمل يعرض بالنموذج

اذا رآه وحاصله تقديره بخصص بالعقل (وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار) للبائع (والمساومة وهبته بلا تسليم لا يبطله قبل الرؤية) لانه لو أبطل الخيار كان باعتبار دلالة على الرضا وصريح الرضا قبل الرؤية لا يبطل الخيار قبل دلالة أولى ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا ولما كان قوله وما يبطل خيار الشرط يبطله مقيدا بالتفصيل المذكور سقط الاعتراض بالأخذ بالشفعة وبالعرض على البيع فان ما اذا وجد من المشتري الذي له خيار الشرط يبطل خياره ولا يبطل بهما خيار الرؤية بل له أن يأخذ بالشفعة ثم رد الدار عند الرؤية فلماذا كررنا من ان دلالة الرضا لا تعمل في إسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية ثم في التصرف الذي تعلق فيه حق الغير لو عاد الى ملكه برد بقضائه أو بفك الرهن أو فسخ الاجارة قبل الرؤية ثم رآه لا خيار له لانه سقط فلا يعود الا بسبب جديد الا في رواية عن أبي يوسف وثبوت الخيار بظاهر النص تقدم وجوب تخصيصه فكانت هذه الرؤية الكائنة بعد العود من محال التخصيص ومما يسقط خيار الرؤية أن يقبضه اذا رآه دلالة القبض بعد الرؤية على الرضا به (قوله) ومن نظر الى وجه الصبرة أو الى ظاهر الثوب مطويا أو الى وجهه الجارية الخ (والاصل في هذا أن رؤية جميع أجزاء المبيع غير مشروط) في انتفاء ثبوت خيار الرؤية (لتعذره) عادة وشرعا ولا يجوز أن ينتظر الى

(قوله وعن الثاني بأن دلالة الرضا) أقول والجواب عن الثاني عندى أن يقال ليس بطلان الخيار هنا دلالة الرضا أو صريحه بل لضرورة تعذر فسخ من التصرفات على ما يدل عليه سياق كلام المصنف (قال المصنف البيع بشرط الخيار والمساومة) أقول قال الاتفاقي تقول سام البائع السلعة عرضها وكرهها وسامها المشتري بمعنى استامها سوما ومنه ولا يسوم الرجل على سوم أخيه أى لا يشتري كذا في المغرب انتهى وقال العلامة الكاكي المساومة طلب البائع والمشتري لبسعة كذا في الفوائد انتهى (قوله فان في رؤية جميع بدنها رؤية عورتها) أقول لا يخفى عليك أن الكلام في الرؤية التي يبطل الخيار معها اذا وقع البيع بعدها ولا فلا يسقط الخيار برؤية وجه العبد بعد البيع ولو رآه ألف مرة فلا يستقيم هذا الكلام الذي ذكره السارح بل الاولى أن يقال فان في رؤية جميع بدنها رؤية عورتها وما هوها ليساني فانه يمكن أن يقال المقصود اثبات المدعى بالطريق الاولى وفيه ما فيه بل المراد الرؤية بعد البيع وهي تسقط الخيار اذا قبض بعدها

وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الادمى وهو الكفل في الدواب فيعتبر برؤية المقصود ولا يعتبر برؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروى عن أبي يوسف رحمه الله وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعروف للمقصود

عورة العبد والامة اللذين يريد أن يشترجها ولزم في صحة بيع الصبرة النظر الى كل حبة منها ولا قائل بذلك فيكتفى برؤية ما هو المقصود فاذا رآه جعل غير المرئي بغير المرئي فاذا سقط الخيار في الأصل سقط في التسبع اذا عرف هذا انبنى عليه أن من نظر الى وجه الجارية أو العبد ثم اشتراه فرأى الباقي فلا خيار له فليس له رده بخيار الرؤية بخلاف ما لو رأى بطنها أو ظهرها أو سائر أعضائها ما لا الوجه فان له الخيار اذا رأى وجهها ما لان سائر الأعضاء في الامة والعبد تبع للوجه ولذا تفاوتت القيمة اذا فرض تفاوت الوجه مع تساوى سائر الأعضاء وفي الدواب يعتبر برؤية الوجه والكفل لانها المقصودان فيسقط برؤيتهما ولا يسقط برؤية غيرهما ما هو المروى عن أبي يوسف وقيل لا يسقط ما لم يرقوا عنها ونقل صاحب الاجناس عن المجرد عن أبي حنيفة في الدابة اذا رأى عنقها أو ساقها أو فخذه أو وجهها أو صدرها ليس له خيار الرؤية وان رأى حوافرها أو ناصيتها فله الخيار وعن محمد يكتفى الوجه باعتبار العبد وفي رواية المعلى عن أبي حنيفة يعتبر في الدواب عرف التجار (وفي شاة اللحم لا بد من الجس) باليد فلا يكتفى بالرؤية ما لم يجسها (لان المقصود اللحم وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعروف للمقصود) فلا يسقط الخيار بدون ذلك وكذا اذا رأى وجه الثوب مطويا لان البادي يعرف ما في الطي فلو شرط فتحه اتضرر البائع بتكسر ثوبه ونقصان قيمته وبذلك ينقص ثمنه عليه اللهم الا أن يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين أو يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم ثم قيل هذا في عرفهم أما في عرفنا فالمراد بباطن الثوب لا يسقط خياره لانه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر وفي المبسوط الجواب على قول زفر وفي البساط لا بد من رؤية جميعه ولو نظر الى ظهوره لم يكعب لا يبطل خياره ولو نظر الى وجهه ادون الصرم يبطل قيل وينبغي أن ينظر الى الصرم في زماننا لتفاوته وكونه مقصودا وفي الجبة لا يبطل خياره برؤية باطنها ويبطل برؤية ظاهرها الا اذا كانت البطانة مقصودة بأن كان فيها فرو وأما الوسادة المحشوة اذا رأى ظاهرها فان كانت محشوة مما يحشى بها مثلها يبطل خياره وان كان مما لا يحشى به مثلها فله الخيار هذا اذا كان المبيع واحدا (فان دخل في البيع أشياء فان كانت الاحاد لا تتفاوت كالمكيل والموزون وعلامته) أى علامة ما لا يتفاوت أحاده (أن يعرض بالنموذج فيمكنه برؤية واحد منها) في سقوط الخيار (الا اذا كان الباقي أرداء مما رأى حينئذ يكون له الخيار) يعنى خيار العيب لاخبار الرؤية ذكره في المبيع وفي الكافي اذا كان أرداء له الخيار لانه انما رضى بالصفة التي رآها لا بغيرها وهذا التعليل يفيد انه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف والتحقيق انه في بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقي يوصل الى حد العيب وخيار الرؤية اذا كان الاختلاف لا يوصل الى اسم العيب بل الدون وقد يجتمعان فيما اذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به عيبا ثم أراه المبيع في الحال (وان كانت آحاده متفاوتة كالثياب والدواب والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد) لكن على الوجه الذي ذكرنا أعنى رؤية ما هو المقصود من كل واحد (والحوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي) قال المصنف (وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير كونهما متقاربة) وبصرح في المحيط وفي المجرد هو الاصح ثم السقوط برؤية البعض في المكيل اذا كان في وعاء واحد ما اذا كان في وعاءين أو أكثر اختلفوا في ما يخالف العراق على أن رؤية أحدهما كروية الكل ومشايج يلح لا يكتفى بسا لابتد من رؤية كل وعاء والصحيح أنه يبطل برؤية

(والتنظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعرف البقية الا أن يكون في طيه ما كان مقصودا كموضع العلم) واذا نظر الى وجهه الا دعى بطل الخيار لانه هو المقصود به في العبد والامة وسائر الاعضاء تبع له ألا ترى ان تفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوى في سائر الاعضاء واذا نظر الى الوجه أو الكفل في الدابة بطل الخيار لانها مقصودان في الدواب هذا هو المروى عن أبي يوسف رحمه الله وشرط بعضهم رؤية القوائم لانها مقصودة في الدواب فان كان المكيل والموزون والعبد المتقارب في وعاءين فراه في أحدهما فان كان ما في الآخر مثل ما رأى أو فوقه بطل الخيار وان كان دونه فهو على الخيار لكن اذا ردت الكل لثلاثة فرق الصفة واذا اشترى شاة فاما أن تكون للحم أول القسيمة أى الدر والنسل في الاول لا بد من الجس لان المقصود انما يعرف به وفي الثاني لا بد من رؤية الضرع وفي المطعومات لا بد من الذوق لانه المعروف للمقصود

قال ومن رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها) وكذلك اذا رأى خارج الدار أو رأى  
أشجار البستان من خارج وعند زفر لابد من دخول داخل البيوت والاصح أن جواب الكتاب على  
وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يرشد فأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار  
للتفاوت والنظر الى النوازل لا يوقع العلم بالدخول  
البعض لأنه يعرف حال الباقي هذا اذا ظهر له أن ما في الوعاء لا يخرجه أو أجوداً أما اذا كان أراد  
فهو على خياره وان كان مما يتفاوت أحاده كالبطاطخ والمان فلا يكتفي برؤية بعضه في سقوط خياره  
في الباقي ولو قال رضي وأسقطت خيارى وفي شراء الرجب لأنه لابد من رؤية الكل وكذا السرج  
بأدائه ولده لابد من رؤية الكل (قوله وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها) وكذا اذا  
رأى خارج الدار ورأى أشجار البستان من خارج) لان النظر الى جميع أجزائها متعذر اذا لم يكن النظر  
الى ما تحت السرور والى ما بين الشيطان من الجدوع فيكتفي برؤية المقصود منها (وعند زفر لابد من دخول  
البيوت والاصح أن جواب الكتاب على وفق عادتهم في الابنية) في الكوفة (فان دورهم لم تكن  
متفاوتة) وأما في ديارنا (فلا بد من الدخول داخل الدار) كما قال زفر (للتفاوت الدور) بكرة  
المراقى وقلتم انه لا يصير معلوماً بالنظر الى صحنها وهو الصحيح وهذا لا يفيد الا أن يقال وكل من ذلك  
مقصود وعلى هذا ما ذكرنا من أنه لا يشترط رؤية العلو الا في بلد يكون العلم مقصوداً كما في سمرقند  
ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة على خلاف بلادنا بدار مصر وشرط بعضهم رؤية الكل وهو الاظهر  
والاشبه كما قال الشافعي وهو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق وأما ما ذكر في الاشجار من الاكتفاء  
برؤية رؤس الاشجار أو رؤية خارجة فقد أنكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال المقصود من البستان  
باطنه فلا يكتفي برؤية ظاهره وفي جامع قاضيان لا يكتفي برؤية الخارج ورؤس الاشجار انتهى وفي  
الكرم لابد من رؤية غيب الكرم من كل نوع شيئاً وفي الرمان لابد من رؤية الحلو والحامض ولو اشترى  
دهناً في زجاجة فرؤيته من خارج الزجاجة لا تكتفي حتى يصبه في كفه عند أبي حنيفة لأنه لم ير  
الدهن حقيقة لوجود الحائل وعن محمد يكتفي لان الزجاج لا يخفى صورة الدهن وروى هشام أن قول محمد  
موافق لقول أبي حنيفة وفي التحفة لو نظر في المرأة رأى المبيع قالوا لا يسقط خياره لأنه ما رأى عينه  
بل مثاله ولو اشترى سمكاً في الماء يمكن أخذه من غير اصطياذ فرأى الماء قال بعضهم يسقط خياره  
لأنه رأى عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لان المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى أكبر  
مما هو فهذه الرؤية لا تعرف المبيع وأما اذا كان المبيع مغيباً في الارض كالجزر والبصل والثوم  
والفجل ونحوها لم يذكر في ظاهر الرواية وروى بشر عن أبي يوسف ان كان شيئاً كالأوزن بعد  
القطع كالثوم والبصل والزعفران والسلمج ان باعه بعد ما ثبت ثباته فيهم به وجوده تحت الارض جاز  
المبيع فان قطع البعض دل يثبت له الخيار حتى اذا رضى به يلزم المبيع في الكل ان قطع البائع أو المشتري  
بأذن البائع يثبت له الخيار فخر رضى به يلزم المبيع في الكل لما عرف ان رؤية بعض المكيل أو الموزون  
كروية الكل وان قلعه المشتري بغير إذنه ان كان المقولع شيئاً له من بطل خياره في الكل فلم يكن له أن  
يرده رضى بالمقولع أو لم يرض وجسد في ناحية من الارض أقل منه أو لم يوجد لان بالقطع صار المقولع  
معيلاً لأنه كان حياً بنموه وبعد صار مواتاً والتعيب في يد المشتري يمنع الرد بخيار الرؤية وان كان المقولع  
شيئاً لاغن له لا يبطل خياره لان وجوده كعدمه وان كان شيئاً يباع عدداً ان قلعه البائع أو المشتري بأذنه  
له الخيار في الباقي حتى لو رضى به لا يلزم المبيع في الكل لأنه عددي متفاوت فرؤية بعضه لا تكون كروية  
كله وان قلعه المشتري بغير إذن البائع بطل خياره وقد حكى فيه خلاف بين أبي حنيفة وبينهما  
ذكرنا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رؤية بعضه كروية كله وجعله كالمكيل والموزون

(قوله يشترط رؤية الكل)  
أقول هذا كلام بعض المشايخ  
على ما يعلم من معراج  
الدراية ثم أقول كلام الشارح  
في هذا المقام مخالف المشروح

قال (ونظر الوكيل كمنظر المشتري) قبل صورة التوكيل أن يقول المشتري لغيره كن وكيلاً عني في قبض المبيع أو وكلتك بذلك وضرورة الأرباب أن يقول كن رسولاً عني أو أرسلتك أو أمرتك بقبضه وقيل لافرق بين الوكيل والرسول فيما إذا قال أمرتك بقبضه إذا نظر الوكيل بالقبض إلى المبيع وقبضه يسقط خيار المشتري فلا يرد له إلا بعيب علمه الوكيل أو لم يعلم وقال الفقيه أبو جعفر إذا كان عيباً يعلمه الوكيل يجب أن يبطل خيار العيب بالقبض اليه فإذا نظر الرسول وقبضه لا يسقط خيار المشتري فله أن يردّه عند أي خيبة وقال لا نظر الرسول لا يسقط بالتناقض ونظر الوكيل كمنظره فهو ما سواه في عدم سقوط خيار المشتري وله أن يردّه ولما كانت رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء ليس بمعه كذلك فسر المصنف بقوله معناه (١٤٥) الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء

فروية به تسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه (لهما بأنه توكل) أي قبل الوكالة (بالقبض دون اسقاط الخيار) وما لم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكالة (فلا يملك) اسقاط الخيار لانه تصرف فيما لم يتوكل به فصار كمن اشترى شيئاً ثم وكل وكيلاً بقبضه فقبض الوكيل معياراً في عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل وكن اشترى بخيار الشرط ووكل بقبضه فقبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل وكذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فأسقط الخيار قصداً لا يسقط خيار الموكل ودليل أبي حنيفة رحمه الله مبني على مقدمة هي (أن القبض على نوعين تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه وهو مستور) (قوله وهذا) إشارة إلى تنوعه بالنوعين ويانه (أن تمام القبض بتمام

قال) ونظر الوكيل كمنظر المشتري حتى لا يردّه إلا من عيب ولا يكون نظر الرسول كمنظر المشتري وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالاهما سواء وله أن يردّه) قال معناه الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء فروية به تسقط الخيار بالاجماع لهما أنه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كمنظر العيب والشرط والاسقاط قصداً وله أن القبض نوعان تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل لا لطلاق التوكيل وإذا قبضه

والعددي المتقارب لان ببعضها يستدل في العادة على الكل وان اختلف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري أخاف ان قلعة لا يصلح لي ولا أقدر على الرد وقال البائع لو قلعة فقد لا ترضى بتطوع انسان بالقلع فان تشاح فسخ القاضي العقد بينهما (قوله ونظر الوكيل) إلى المبيع مكشوفاً يعني الوكيل بالقبض كما فسر المصنف وهو من يقول له الموكل وكلتك بقبضه أو كن وكيلاً عني بقبضه (كمنظر المشتري حتى لا يردّه) المشتري بعد قبض الوكيل ورؤية (الامن عيب ولا يكون نظر الرسول كمنظر المرسل) والرسول هو من يقول له المشتري قل لفلان يدفع اليك المبيع أو أنت رسولى اليه في قبضه أو أرسلتك لقبضه أو أمرتك بقبضه وعلى هذا إذا قال اذهب فاقبضه يكون رسولا لا وكيلاً لانه من مصادقات أمرتك وقد قيل لافرق بين الرسول والوكيل في فصل الأمر بأن قال قبض المبيع فلا يسقط الخيار ومنهم من حكى هذا القول فيما إذا قال أمرتك بعبادة ألف ميم راء (وهذا عند أبي حنيفة وقالاهما) يعني الرسول والوكيل بالقبض (سواء) فيرد الموكل الذي له الخيار ما قبضه وكيله كما يرد ما قبضه رسوله (فأما الوكيل بالشراء فروية به تسقط الخيار بالاجماع لهما أنه توكل) أي قبل الوكالة (بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به) وإذا لم يملكه لا يثبت عن فعله (وصار كمنظر العيب والشرط) بأن اشترى معيماً لم ير عيبه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه لا يسقط خيار العيب للموكل وكذا إذا وكل في قبض ما اشتراه بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط (و) صار أيضاً (كالاسقاط قصداً) بأن قبضه الوكيل بالقبض مستورا ثم رآه فأسقط الخيار قصداً لا يسقط (وله ان القبض على نوعين) قبض تام وهو أن يقبضه وهو يراه وانما كان هذا قبضاً تاماً لان خيار الرؤية يبطل بهذا القبض وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض فلما يبطل بهذا القبض من المشتري كان هذا القبض تاماً (وناقص وهو أن يقبضه مستورا) وإذا كان كذلك كان القبض مع الرؤية متضمناً للسقوط خيار الرؤية لاستلزامه تمام الصفقة ولا يتم دونه (ثم الموكل ملك القبض بنوعيه فكذا وكيه لا لطلاق التوكيل) بخلاف ما إذا أسقط الخيار قصداً بأن قبضه مستورا ثم رآه

(١٩ - فتح القدر خامس) الصفقة ولا تتم (مع بقاء خيار الرؤية) لان تمامها تاتها في اللزوم بحيث لا يرد الإبراء أو قضاء وخيار الرؤية والشرط يمنعان عن ذلك وإذا ظهر هذا قلنا الموكل ملك القبض بنوعيه وكل من ملكه بنوعيه ملكه وكذلك عند اطلاق التوكيل علامات اطلاقه فان قيل لان سلم ذلك فان الوكيل إذا قبضه قبضاً ناقصاً ثم رآه فأسقط الخيار قصداً لم يسقط والموكل لو فعل ذلك يسقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة (قوله فيما إذا قال أمرتك بقبضه) أقول فلا يسقط الخيار (قوله وهذا إشارة إلى تنوعه بالنوعين) أقول ولعله إشارة إلى كون القبض وهو يراه تاماً تأملي



أجاب المصنف رحمه الله بأن الوكيل إذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقي أسنينا فلا يملك إسقاطه وفي هذا الجواب تعرض إلى رد قياسهم على الإسقاط القصدي وإلى رد قولهم ما دون إسقاط الخيار وتقرر به أنه لم يتوكل بإسقاط الخيار قصد أو ضمنا والاول مسلم ولكن إسقاط الخيار في القبض التام ثبت للوكيل في ضمن المتوكل به وهو القبض حتى لو رأى قبل القبض لم يسقط به الخيار بخلاف المتوكل وكمن شيء ثبت ضمنا ولا يثبت قصدا والثاني ممنوع فان من توكل بشيء توكل بما يمتدح لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب وقوله (بخلاف خيار العيب) جواب عن قوله ما قصار خيار العيب فإنه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرتد به الارضاء أو قضاء ومالم يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض وله سدأملك رد العيب خاصة بعد القبض ولم يجعل تفرقا للصفقة

(١٤٦)

لأن تفرق الصفقة قبل تمامها ممنوع ولما لم يمنع ههنا دل أمم كانت تامة وهو من موضحات ذلك أن خيار العيب اثبت حق المطالبة بالجزء الفائت وذلك للوكيل ولم يصدر التوكيل بالقبض لإسقاطه ولا يستلزمه فلا يملك الوكيل وخيار الشرط لا يصلح مقيدا عليه لأنه على هذا الخلاف ذكر القدرory أن من اشترى شيئا على أنه بالخيار فوكل وكيله بقبضه بعد ما رآه فهو على هذا الخلاف ولو سلم بقاء الخيار فالموكل لا يملك القبض التام لأن تمامه بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط والخيار لا يسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار لا يكون إلا بعد القبض فكذا وكيله وقيد بالتام لأن الموكل يملك الناقص فان القبض مع بقاء الخيار ناقص كما أنه قبل الرؤية ناقص والرسول ليس

مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك إسقاطه قصد أو ضمنا بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقاءه وخيار الشرط على هذا الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فإنه لا يسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعد ذلك لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لأنه لا يملك شيئا وانما إليه تليخ الرسالة وله سدأملك القبض والتسليم إذا كان رسولا في البيع قال (وبيع الاعمى وشراؤه جائز)

فأسقط الخيار لأن بقبضه (مستورا انتهى التوكيل) بالقبض (الناقص فلا يملك) الوكيل بعد ذلك (إسقاطه) لا تنفأ ولا يمتنع بقبضه بل يمتنع التوكيل بمقام الموكل فيه ما إذا كان الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط برؤية الخيار والموكل لو رأى ولم يقبض يسقط خياره والثانية لو قبضه الموكل مستورا ثم رآه بعد القبض فأبطل الخيار بطل والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل وأوجب بأن سقوط الخيار بقبض الوكيل انما يثبت ضمنا التام قبضه بسبب ولا يمتنع بالوكالة وليس هذا ثابتا في مجرد رؤيته قبل القبض ونقول بل الحكم المذكور للوكيل وهو سقوط خياره إذا رآه انما يثبت على القول بأن مجرد مضى ما يتمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو بالصحيح وبعد الجواب الاول يقع الفرق في المسئلة الثانية لأنه لم يثبت ضمنا القبض الصحيح بل ثبت بعد انتهاء الوكالة بالقبض الناقص وقوله (بخلاف خيار العيب لأنه) يثبت مع (تمام الصفقة) لأنه لم يشرع لنتيم القبض بل التسليم الجزء الفائت ضمن القبض مع بقاء الخيار ولذا كان له أن يرد العيب وحده فيما إذا اشترى شيئين وقوله في الكتاب الامن عيب قال نخر الاسلام بحتم الامن عيب لم يعلمه الوكيل فان كان عليه يجب أن يبطل خيار العيب كذا ذكره الفقيه أبو جعفر ولم يسلم مسئلة خيار العيب والصواب عندنا أن لا يملك الوكيل بالقبض ابطال خيار العيب فيكون معناه علم أو لم يعلم وقوله (وخيار الشرط على هذا الخلاف الخ) يعني وخيار الشرط لانص فيه فلذا أن نمنعه فيكون على الخلاف ذكره القدرory وهو رواية الهندوانى لأن القبض التام لا يحصل بخيار الشرط لان وجوده يحجز الفسخ فلا يتم القبض مع ذلك كخيار الرؤية بعينه (ولئن سلم) أنه لا يبطل بالقبض التام وهو الاصح (فالموكل لا يملك التام منه) فإذا فرضنا أن التام لا يكون معه خيار الفسخ فلا يملكه الوكيل (بخلاف الرسول) بالبيع والشراء (فأنه لا يملك شيئا) من القبض التام ولا الناقص لأنه لم يؤثر بالقبض بل بأداء الرسالة ولذا لا يملك التسليم أيضا وصورا الارسال في البيع تقدمت أوائل كتاب البيوع وصورته بالشراء أن يقول قبل لفلان انى اشتريت منك كذا وكذا بعين كذا وكذا (قوله وبيع الاعمى وشراؤه جائز) باتفاق الأئمة الثلاثة وقال الشافعى لا يجوز الا في السلم والشراء عدا في لغة التجار وبقصر لاهل نجد

كلو كسل فان اتمام ما أرسل به ليس اليه وانما إليه تليخ الرسالة كالرسول بالعقد فإنه لا يملك القبض والتسليم قال (وله وبيع الاعمى وشراؤه جائز) بيع الاعمى وشراؤه جائز عندنا

(قوله والثاني ممنوع فان من توكل بشيء الخ) أقول لو صح هذا الزمان لا ينتهى التوكيل بالقبض الناقص كلام على السند الاخص فلا يجدى نفعا (قوله لان الاختيار) أقول بالتتابع بالياء بنقطتين بعد التامين والاختيار بالياء المنقطعة بنقطة تحتانية بعد التام من الخيار قال المصنف (وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار) أقول فيه بحث فان الخيار معلق بالرؤية ولا يثبت قبلها كما سلف الآن يراد بالخيار ردق الفسخ مجازا والحق أن يجب أن المراد بالرؤية العلم بالمقصود مجازا على ما قالوا فلا إشكال الآن قوله إذا اشترى بأبى عن هذا نوع إبقاء فليتأمل

(وله الخيار) وقال الشافعي رحمه الله ان كان بصيرا فمضى فكذلك الجواب وان كان أكله فلا يجوز بيعه ولا شراؤه أصلا لأنه لا علم له بالإلوانه والصفات وهو محجوج بمعاملة الناس العيان من غير تكبير وبأن من أصله ان من لا يملك الشراء بنفسه لا يملك الأثر به غيره فاذا احتاج الأعمى الى ما يأكل ولا يتمكن من شراؤه كقول ولا التوكيل به مات جوعا وفيه من التبع ما لا يخفى ولنا انه اشترى ما لم يره ومن اشترى شيئا لم يره فله الخيار بالحديث وقد قررناه من قبل) وفيه نظر لان قوله عليه الصلاة والسلام لم يره سلب وهو يقتضي قصورا لايجاب وهو انما يكون في البصير والاولى أن يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس العيان (١٤٧)

في الشرع بمنزلة الاجماع ويسقط خياره بمباشرة ما هو سبب العلم بالمقصود فان كان المبيع مما يعلم بحسبه فخيرائه يسقط بحسبه وان كان مما يعلم بالشئ فبشئيه وبذوقه في المذوقات وأما اذا كان شجرة أو ثمر أعلى شجرة أو عقارا فان خياره لا يسقط حتى يوصف له لان الوصف بتمام مقام الرؤية كفاي السلم وقال بعض أئمة بلخ بسبب الخاطئ والاشجار فاذا باشر بسبب العلم أو ووصف له أو ووصف ومس وقال رضى سقط الخيار وروى عن أبي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان الواقف بصيرا لراه وقد قال رضى سقط خياره لان التشبيه يقوم مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين واجراء موسى في حق الأدي والاصلح واطلاق الرواية يدل على أنه يقول بذلك من غير اشتراط الوصف

وله الخيار اذا اشترى) لانه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل (ثم يسقط خياره بحسبه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشئيه اذا كان يعرف بالشئ وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق) كفاي البصير (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) لان الوصف بتمام مقام الرؤية كفاي السلم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لراه وقال قد رضى سقط خياره لان التشبيه بتمام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين بتمام مقام القراءة في حق الآخرس في الصلاة واجراء موسى مقام الحاق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن يوكل وكلا يقبضه وهو يراه

(وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره) فمدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه (وقد قررناه من قبل) في أول الباب ولان الناس تعارفوا بمعاملة العيان ببيعوا وشراء والتعارف بالانكسار أصل في الشرع بمنزلة اجماع المسلمين (ثم يسقط خياره بحسبه المبيع اذا كان يعرف بالجس) كالشاة (وبشئيه اذا كان يعرف بالشئ) كالطيب (وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق) كالعسل وقوله (كفاي البصير) ظاهر في ان البصير اذا لم يره المبيع ولكن شئيه فقط وهو مما يعرف بالشئ كالسك ونحوه فرضي به ثم رأى فلا خيار له (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) في جامع العتباتي هو أن يوقف في مكان لو كان بصيرا لراه ثم يذكر له صفته ولا يخفى أن اتفاقه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار به فلذا لم يذكره في المبسوط واكتفى بذكر الوصف (لان الوصف قد أقيم مقام الرؤية كفاي السلم) وعن أنس كره الكرخي وقال وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء في انه لا يستفيد به علما (وعن أبي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا رأى العقار وقال رضى سقط خياره لان التشبيه بتمام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين بتمام مقام القراءة لاخرس واجراء موسى على رأس من لا شعر له) في الاحلال من الاحرام ولا يخفى ضعفه لان العجز لا يتحقق الا بتحقق العجز عن الوصف فان القائم مقام الشئ بمنزلة وقد ثبت شرعا اعتبار بمنزلة في السلم وجوب اجراء موسى بخلاف فيه وكذا التحريك غير لازم الا على وعن أبي يوسف أيضا انه اعتبر الوصف في غير العقار أيضا ولم يعتبر بالشئ ولا الذوق والجس لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما ذكرنا وقال مشايخ بلخ بسبب الخيطان والاشجار فاذا قال رضى سقط خياره لان الأعمى اذا كان ذكيا يقف على مقصوده بذلك وهو رواية بشر وابن سماعة في الدار وفي رواية هشام عن محمد انه يعتبر الوصف مع كل من الذوق واللمس والجس لان التعريف الكامل في حقه ثبت بهذا الاقيلا لا يمكن جسده كالتمر على رؤس الشجر فيعتبر فيه الوصف لا غير في أشهر الروايات وهو المروي عن أبي يوسف ومحمد في شرح الجامع الصغير لابن الليث (وقال الحسن يوكل وكلا يقبضه وهو يراه)

قال محمد في الجامع الصغير قال أبو يوسف في الأعمى يشتري الشئ لم يره فيقول قد رضى قال له أن يره وان كان في مكان لو كان بصيرا لراه ثم قال قد رضى لم يكن له أن يره وقال الفقيه قال بعضهم يوقف في مكان لو كان بصيرا لراه ومع ذلك يوصف له وهذا أحسن الأقاويل قال وبه نأخذ وقال الحسن يوكل وكلا يقبضه وهو يراه

(قوله وفيه نظر لان قوله عليه الصلاة والسلام لم يره سلب) أقول فيه بحث لان التصور لا يستلزم التحقق الا يرى أن قولنا شريك الباري ليس بوجه في الخارج صادق ويتبع وجود الموضوع فيه والاولى ايراد النظر في قوله عليه الصلاة والسلام فله الخيار اذا رآه فان اذا تستعمل في المحقق فليتامل فان المراد بالرؤية العلم بالمقصود وعلى ما صرحوا

وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لأن رؤية الوكيل بالقبض كروية الموكل كما تقدم ولا وصف له فقال رضيتم ثم أبصر فلا خيار له لأن العقد قد تم وسقط الخيار فلا يعود رضاء شترى بغيره ثم عني انتقال الخيار إلى المصة لأن الناقل للخيار من النظر إلى صفة العجز وقد استوى في ذلك كونه أعمى وقت المصداق ومبرورته أعمى بعد العقد قبل الرؤية قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما) قد تقدم أن في الجمع بين الأسماء المتفاوتة الاختلاف في البيع رؤية بغيره لا يعرف الباقي بل لابد من رؤية كل واحد منها وعلى هذا إذا رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فلا خيار له لكن لا يرد الذي رآه وحده بل يرد هاتين شاء أن لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة وأنه لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وليكون غير تامه يتمكن المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضا فيكون الرد فسخا من الأصل لعدم العلم بصفات العقود عليه فإن تفريق الصفقة منهى عنه لما جاء في الحديث نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن تفريق الصفقة قبل تفريق الصفقة منهى عنه وهو يقتضى ردهما جميعا إن شاء وقوله صلى الله عليه وسلم من اشتري شيئا لم يره الحديث يدل على أن رد الذي لم يره وحده فواجه ترجيح حديث النهى على العجز وأجيب بأن موجب النهى مطرد في جميع صورته وموجب العجز ليس كذلك فإنه لا يملك الرد إذا تعيب أو أعتق أحد العبدين أو دبره والمطر دراجع وبأنه محرم والحرم راجع على المبيع أو لانه متاخر عن المبيع فلا يلزم تكرار النسخ وبأن الرد كما كان غير ممكن لأن رد أحد الثوبين لا يكون رد الآخر فاشتري ثوبين لا أحدهما والرد انما يصح أن لو كان ذلك المردود على الحالة الأولى قبل النهى عن تفريقهما مطلقا وقد تقدم بما قبل التمام فيكون متروك الظاهر ومثله هو خروج والجواب أن النهى (٤٨)

وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لأن رؤية الوكيل كروية الموكل على ما مر آنفا قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جازله أن يرد هما) لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للثبوت في الثياب فبقى الخيار فيما لم يره وحده بل يرد هما كي لا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخا من الأصل فيستطاب ذلك خياره قال المصنف (وهذا أشبه بقول أبي حنيفة حيث جعل رؤية الوكيل كروية الموكل) ولو وصف للاعشى ثم أبصر فلا خيار له لأن خياره سقط فلا يعود الاسباب جديدة ولو اشتري البصر ثم عني انتقال الخيار إلى الوصف (قوله ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جازله أن يرد هما) لأن رؤية أحدهما ليست رؤية الآخر للثبوت في الثياب فيبقى الخيار فيما لم يره فله رد به حكم الخيار (ثم لا) يتمكن من رده وحده (فرد هما) إن شاء (كي لا يكون تفريقا للصفقة) على البائع (قبل التمام وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) كخيار الشرط بديل أن له أن يفسخه (بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخا من الأصل) لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم

إذا أوجب البيع في شئين لا يملك المشتري القبول في أحدهما لما فيه من الإضرار بالبائع بل يرى أن العادة فيما بين الناس بغير الرد إلى الجيد تردي حاله بالجيد فإذا علم أن المانع من رد أحدهما تفريق الصفقة قبل التمام يندفع ما استشكل بالاستحقاق فإن من اشتري ثوبين فاستحق أحدهما لا يرد الباقي وفيما نحن فيه إذا رد أحدهما فلا يلزم من رد الآخر أيضا لأن فيما نحن فيه رد أحدهما

يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لأنهم لا يتم مع بقاء خيار الرؤية وفي فصل الاستحقاق لم تتفرق على المشتري قبل التمام بل تمت فيما كان ملك البائع غيره عيب بعيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له رد الباقي كما في خيار الرؤية والنسبة لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به ولكن في صورة الاستحقاق له ولاية رد الباقي لرفع ضرر يلزم المشتري فإن شاء رضى وإن شاء ردت وفي خيار الرؤية عليه رد الآخر لرفع ضرر يلزم البائع (قوله وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة) أقول تقدم بورقة تخميننا وهو قوله ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية لأن تمامها تنافي في اللزوم قال المصنف (وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) أقول قال العلامة الكاكي يعني فيما إذا قبضه مستورا كذا قيل ولا حاجة إلى هذا لأن خيار الرؤية يبقى إلى أن يوجد ما يبطله انتهى وفيه بحث يظهر بملاحظة ما مر في مسألة نظر الوكيل (قوله فإن تفريق الصفقة منهى عنه) أقول تعليل لقوله فلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام (قوله وقوله عليه الصلاة والسلام من اشتري شيئا لم يره الحديث يدل على أنه أن يرد الذي لم يره وحده فواجه ترجيح حديث النهى) أقول وأنت خبير بأن المفهوم لا يعارض المنطوق حتى يحتاج إلى الترجيح وأيضا المشتري هنا هو الجمهور دون كل واحد فرد رؤية أحدهما دون الآخر كروية وجه الدابة دون كفلها أو بالعكس فليست أصل (قوله أولانه متأخر عن المبيع الخ) أقول في التوضيح في فصل المعارضة والترجيح كلام متعلق بهذا المقام فراجع (قوله والجواب أن النهى انما هو عن التفريق إلى قوله قبل التمام بالقياس) أقول تقييد المطلق نسخ وذلك لا يجوز بالقياس لم لا يظهر بما ذكره في معرض الجواب دفع ما قيل (قوله يندفع ما استشكل بالاستحقاق) أقول أي يظهر إن دفعه

تلك (ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) قد تقدم ان خيار الشرط لا يتقبل الانتقال لانه مشيئة وهو عرض والعرض لا ينتقل والارث فيما ينتقل فكذلك خيار الرؤية وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفى فلا يحتاج الى اعادته قال (ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فان كان على تلك الصفة التي رآه) عليها سقط الخيار لان العلم بأوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة وبقوات العلم بالأوصاف ثبت الخيار فيمن العلم بالأوصاف وثبت الخيار منافاة و ثبت أحد المتناقضين وهو العلم بالأوصاف (١٤٩) بتلك الرؤية فينتفي الآخر

وهو ثبت خياره الا اذا كان لا يعلم انه هو الذي رآه كما اذا اشترى ثوباً ملفوفاً كان رآه من قبل وهو لا يعلم ان المشتري ذلك المرقى فان له الخيار حينئذ لعدم الرضا به وانما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى أن يتوهم أن علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالأوصاف وههنا لما كان المبيع مرئياً من قبل لم يتغير عنها كان العلم بها حاصلًا فلا يكون له الخيار وذلك لان الامر وان كان كذلك امكن شرطه الرضا به وحيث لم يعلم انه مرئيه لم يرض به فكان له الخيار وان وجدته متغيراً فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معاملة بأوصافه فكان له لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه لان التغير حادث لانه انما يكون بعيب أو تبدل هيئة وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع منكر ومتمسك بالأصل لان سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه وقيل هو الرؤية السابقة وقيل هو البيع البات الخالي عن

(ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرنا في خيار الشرط (ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له) لان العلم بأوصافه حاصل له الرؤية السابقة وبقوات العلم بأوصافه ثبت الخيار لان العلم بأوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة وبقوات العلم بالأوصاف ثبت الخيار فيمن العلم بالأوصاف وثبت الخيار منافاة و ثبت أحد المتناقضين وهو العلم بالأوصاف (١٤٩) بتلك الرؤية فينتفي الآخر

بصفات المبيع ولذا لا يحتاج الى القضاء والرضا فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا استحق أحدهما لا يرد الباقي وهما في خيار الشرط ردًا لا آخر اذا رداً أحدهما بعد القبض أوجب أن رداً أحدهما في خيار الرؤية والشرط بوجوب تفريق الصفة قبل التمام لما علم ان الصفة لا تتم معهما وفي الاستحقاق لو رد كان بعد التمام لان الصفة تمت فيها كان ملك البائع ظاهر اقل يثبت في الباقي عيب الشركة حتى لو كان المبيع عبداً واحداً فاستحق بعضه كان له أن يرد الباقي أيضاً كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق ولو كان قبض أحدهما وما لم يقبض الآخر ثم استحق أحدهما الخيار لتفرقها قبل التمام ولو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً فاستحق بعضه بعد القبض لا يخير لان الشركة ليست بعيب فيه ولو استحق قبل القبض بخير لتفريق الصفة قبل التمام ولو وجد بأحدهما عيباً في مسألة الكتاب قبل القبض ليس له أن يرده وحده لتفريق الصفة قبل التمام لانها لا تتم قبل القبض هذا والمعنى في تفريق الصفة قبل التمام وجوازها بعده لدفع الضرر الاكبر وذلك أن في تفريقها ثبوت ضررين دائماً غير أنه قبل التمام يكون ضرر البائع أكثر فانه ضرر مال فانه قد لا يروج أحدهما الا بالآخر لحدوده أحدهما ما وردا في الآخر وهو فوق ضرر المشتري فان ضرره ليس الا بطلان مجرد قوله اذا الزمناه ردهما وبعد القبض ضرر المشتري أكثر لانه متى رد الكل يطل حقه عن السيد وضرر البائع موهوم اذ قد يبيع المردود بشئ جيد فليما دفع أعلى الضررين فيه - ما (قوله ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث) على ما ذكرناه من الوجه (في خيار الشرط) وتقدم أن خيار الشرط والرؤية لا يورثان وخيار العيب والتعيين يورثان بالاتفاق (قوله ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فان وجدته على الصفة التي رآه) عليها (فلا خيار له لان العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة) فلم يتناول قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه لانه باطلا فانه يتناول الرؤية عند العقد وقبله (الا اذا كان) المشتري (لا يعلم مرئيه) أي لا يعلم أن المبيع كما قدره فيما مضى كأن رأى جارية ثم اشترى جارية منتقبة لا يعلم أنها التي كان رآها ثم ظهرت اياها كان له الخيار (لعدم) ما يوجب الحكم عليه (بالرضا) أو رأى ثوباً ملفوفاً في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم أنه ذلك (وان وجدته متغيراً) عن الحالة التي كان رآه عليها (فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معاملة بأوصافه) فكانت رؤيته وعدمها سواء (فان اختلفا في التغير) فقال البائع لم يتغير وقال المشتري تغير (فالقول للبائع لان) دعوى (التغير) بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية ما يدل على المقصود من البيع دعوى أمر (حادث) بعده والاصل

الشروط المفسدة نفاها والاصل لزوم العقد والقول قول المنكر مع يمينه واليمينينة مدعى العارض (قوله الا اذا بعدت المدة على ما قالوا) قال المصنف (لان تلك الرؤية لم يقع معلماً) أقول الظاهر أن يقول معاملة (قوله وقيل هو الرؤية السابقة) أقول لا يظهر الفرق بين المعنيين الاوامين لأن المراد بروية جزء من المعقود عليه هي الرؤية السابقة وبالرؤية السابقة هي رؤية جزء من المعقود عليه (قوله وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة) أقول وعندى أنه البيع البات الخالي عن المفسد الواقع في محل من فليتامل

بطول الرمان ومن يشمله  
الظاهر والقول قوله واليه مال  
ثم من الأئمة الدر خسي  
وقال رأيت لو كانت جارية  
شابة راءة اشتراها بعد ذلك  
بعشرين سنة وزعم البائع  
أنه لم يتغير كان يصدق على  
ذلك وقوله (بمخلاف ما إذا  
اختلفا في الرؤية) متصل  
بقوله فالقول قول البائع  
يعني إذا اختلف البائع  
والمشتري في رؤية المشتري  
فالقول قول المشتري لأن  
البائع يدعي عليه العلم  
بالصفات وأنه حادث والمشتري  
منكر فكان القول قوله مع  
اليقين قال (ومن اشترى  
عدل زطي) العدل بالكسر  
المثل ومنه عدل المتاع  
والزط جيل من الهند  
ينسب اليهم الثياب الرطبة  
ومن اشترى عدل زطي ولم  
يره وقبضه فباع منه ثوبا  
كذا لفظ الجامع الصغير  
وهو مراد المصنف لانه لو لم  
يقبض لم يصح تصرفه فيه  
بيعه أو هبته فاذا قبضه فباع  
منه ثوبا أو وهبه وسلمه لم  
يرد شيأ منها أي من الثياب  
الرطبة الا من عيب ذكر  
الضمير في قوله ولم يره وغيره  
نظرا الى العدل وأنت في  
قوله منها نظرا الى الثياب فانه  
إذا باع منه ثوبا لم يبق عدلا  
بل ثيابا من العدل وكذا  
إذا اشترى عدل زطي يخيار  
الشرط فقبضه وباعه ثوبا

عدمه فلا تقبل الا بينة (بخلاف ما اذا اختلفا في رؤية) فقال البائع رأيتوه وقال المشتري لم أراه  
فالقول للمشتري مع عينه لان البائع يدعي أمره ارضاه والعلم بصفته (والمشتري يشكره فاقول له) وكذا  
لو أراد أن يردده فقال البائع ليس هذا الذي بعته وقال المشتري بل هو هو والقول للمشتري سواء كان  
ذلك في بيع بات أو فيه خيار الشرط أو الرؤية ولما نزل أن يقول الغالب في البياعات كون المشتري  
رأوا المبيع قد عوى البائع رؤية المشتري تتسك بالظاهر لان الغالب هو الظاهر والمذهب أن القول لمن  
يشهد له الظاهر لمن يتسك بالاصل الا ان لم يعارضه ظاهر فالوجه أن يكون القول للبائع في الرؤية  
بخلاف ما اذا كان له خيار العيب فان القول للبائع في أنه غير المبيع مع عينه وهذا لان المشتري في  
الخيارين ينفسخ العدة بنفسه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف واذا انفسخ  
يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافاً في المقبوض فالقول فيه قول القابض ضميناً كان أو أميناً كالغاصب  
والمودع بخلاف الفسخ بالعيب لا يتقرر المشتري بنفسه ولكنه يدعي ثبوت حق الفسخ في الذي  
أحضره والبائع يشكره وقوله (الاذا بعدت المدة) استثناء من قوله القول قول البائع أي الا في صورة  
ما اذا طالت المدة (على ما قالوا) أي المشايخ (لان الظاهر شاهد للمشتري) اذا الظاهر أنه لا يبق الشئ في  
دار التغيير وهي الدنيا زماناً طويلاً لم يطرقة تغير قال محمد رحمه الله تعالى رأيت لو رأيت جارية ثم  
اشترتها بعد عشرين أو عشرين سنة وقال تغيرت أن لا يصدق بل يصدق لان الظاهر شاهد له قال  
شمس الأئمة وبه أفتى الصدر الشهيد والامام المرغيناني فنقول ان كان لا يتفاوت في تلك المدة غالباً  
فالقول للبائع وان كان التفاوت غالباً فالقول للمشتري مثاله لو رأى دابة أو تملاً فاشترها بعد شهر وقال  
تغير فاقول للبائع لان الشهر في مثله قليل (قوله ومن اشترى عدل زطى لم يره وقبضه فباع ثوباً منه  
أو وهبه) ثم رأى الباقي (ليس له أن يرد شيئاً منها الا من عيب) وكذا لو اشترى العدل المذكور على أن له  
الخيار ثلاثة أيام وهو شرط الخيار والباقي بحاله أعني فباع بعضها أو وهبه سقط خياره في الباقي وليس  
له أن يرد بخيار الشرط بل ان اطلع على عيب وهذا (لانه تعذر الرد فيما أخرجه عن ملكه) فالورد  
الباقي فقط كان تفريقاً للصفقة على البائع قبل التمام لما مر من (أن) قيام (خيار الرؤية والشرط يمنع  
تمامها) وان كان بعد القبض (بخلاف خيار العيب فان الصفقة تتم معه بعد القبض وفيه) أي في  
المقبوض (وضع المسئلة) لانها لو لم تكن مقيمة به لم تصح صورتهما الا لا يصح بيع ما لم يقبض وهبته  
ولا أنه لو كان قبل القبض كانت الخيارات كلها سواء وهو أنه لا يرد أحدهما بل يردهما بخيار الرؤية  
ن شاء فلا يصح حينئذ قوله الامن عيب لانه اذا اشترى شيئاً ولم يقبضه ما احتج وجداً أحدهما عيباً  
لا يرد للمعيب خاصة بل يردهما ان شاء لا يقال في عدم رد الباقي عند رؤيته ترك العمل بحديث الخيار  
لحديث النبي عن تفريق الصفقة مع انه متروك الظاهر فان تفريقها جائز بعد تمامها وحديث  
الخيار أقوى قلنا لم نقل بعدم رده مطلقاً بل قلنا اذا رده بردهه الا آخره فذا شرطنا في الردع لا بحديث  
الصفقة لتكون عاملين بالحديثين معاً جميعاً بينهما والعدل المثل والمراد هنا الغرارة التي هي عدل غرارة  
أخرى على الجمل أو نحوها أي يغادها وفيها أبواب والوط في المغرب جيل من الهند تنسب اليهم الثياب

منه أو وهب وذلك لأن الرد تغذّر فيما خرج من ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لأن الخيارين الزمنية  
يتمتعان تمامها كما هو وأما خيار العيب فإنه لا يمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع محمد المسئلة لأنه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه



(فلو عاد) الثوب الذي باعه (الى المشتري بسبب هوفسخ) بأن رد المشتري الثاني بالعيب بالقضاء أو رجع في الهبة فهو أى المشتري الاول أو الواهب على خياره فإذا أن رد الكل بخيار الرؤية لا ارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسى وعن أبي يوسف ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه) لأن الساقط لا يعود (كخيار الشرط وعليه اعتمد القدورى)

### باب خيار العيب

(١٥١)

آخر خيار العيب لأنه يمنع  
اللزوم بعد التمام وإضافة  
الخيار الى العيب من قبيل  
إضافة الشيء الى سببه إذا  
اطلع المشتري على عيب  
في المبيع فهو بالخيار ان  
شاء أخذه بجميع الثمن وان  
شاء رده لان مطلق العقد  
يقضى وصف السلامة  
أى سلامة المعقود عليه  
عن العيب لما روى أن رسول  
الله صلى الله عليه وسلم  
اشترى من عدا بن خالد  
ابن هوذة عبدا وكتب في  
عهده هذا ما اشترى محمد  
رسول الله من العدا بن خالد  
ابن هوذة عبدا لا ادعوا  
غائلة ولا خبثه يبيع المسلم  
من المسلم وتفسر الداء فيما  
رواه الحسن عن أبي حنيفة  
المرضى في الجوف والكبد  
والرئة فان المرض ما يكون  
في سائر البدن والداء  
ما يكون في الجوف  
والكبد والرئة وفيما  
روى عن أبي يوسف أنه  
قال الداء المرض والغائلة  
ما تكون من قبيل الافعال  
كالإباق والسرقة والخبثه  
هى الاستحقاق وقيل هى  
الجنون وفي هذا تنصيص

فلو عاد اليه بسبب هوفسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الأئمة السرخسى وعن أبي يوسف أنه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدورى

### باب خيار العيب

(وإذا اطاع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقضى وصف السلامة فعند فواته يتخير

الرؤية وقيل جيل بسواد العراق وذكر الضمير في قوله فباع منه على لفظ العدل ثم أنشئه في قوله لم يرد شيئا منها على معناه فكان نظيره قوله تعالى وكمن قرية أهلكتنا فجاءها بأسنا بيانا وأهم قائلون هذا (ولو عاد) الثوب الذي باعه من العدل أو وهبه (الى المشتري بسبب هوفسخ) محض كالأختيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة (فهو) أى المشتري للعدل (على خياره) أى خيار الرؤية فله أن رد الكل حينئذ بخيار الرؤية لا ارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسى وعن أبي يوسف) وهو رواية على بن الجعد عنه (أنه) أى خيار الرؤية (لا يعود) لأن الساقط لا يعود (كخيار الشرط) لا بسبب جديد وصححه فاضحان (وعليه اعتمد القدورى) وحقيقة المخط مختلف فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانعا زال فيعمل المقتضى وهو خيار الرؤية على عمله ولاحظ على هذه الرواية مسقطا وإذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا أوجه لأن نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويطل الخيار قبل الرؤية وبعد ها والله الموفق

### باب خيار العيب

تقدم وجه ترتيب الخيارات والإضافة في خيار العيب إضافة الشيء الى سببه والعيب والعيبه والعاب بمعنى واحد يقال عاب المتاع أى صار ذاعيب وعابه يزيد متعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيبوب أيضا على الاصل والعيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعده ناقصا (قوله) وإذا اطاع المشتري على عيب في المبيع) ولم يكن شرط البراءة من كل عيب (فهو) بالخيار ان شاء أخذ ذلك المبيع (بجميع الثمن وان شاء رده) هذا اذا لم يتمكن من ازالته بلامشقة فان تمكن فلا كاحرام الجارية فانه بسبيل من تحليها ونجاسة الثوب وينبغي حله على ثوب لا يفسد بالغسل ولا يفتقص وانما ثبت له هذا الخيار (لان مطلق العقد) وهو مالم بشرط فبدعيب (يقضى وصف السلامة فعند فواته يتخير) بيان الاول من المنقول والمعنى أما المنقول فاعاقبه البخارى حيث قال ويذكر عن العدا بن خالد قال كتب الى النبي صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى محمد رسول الله من العدا بن خالد يبيع المسلم من المسلم عبد الاداء ولا خبثه ولا غائلة ثم قال البخارى وقال قتادة الغائلة الزنا والسرقة والاباق وروى ابن شاهين في المعجم عن أبيه قال حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشى قال حدثنا عبد بن ليث قال حدثنا عبد الحميد بن وهب أبو وهب قال قال لي العدا بن خالد بن هوذة ألا أقرئك كتابا كتبه لى رسول الله صلى الله عليه

على أن البيع يقضى سلامة المبيع عن العيب ووصف السلامة بقوت بوجود العيب فعند فواته يتخير لأن الرضا داخل في حقيقة البيع

### باب خيار العيب

العيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة (قوله) ووصف السلامة بقوت بوجود العيب فعند فواته يتخير (أقول ضمير فواته يرجع الى وصف (قوله) لأن الرضا داخل في حقيقة البيع) أقول أى البيع الا لزم

وعند فواته ينتفي الرضا فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به فان قيل تضرر كلامه على الوجه المذكور يستلزم انتفاء البيع لانه مطلق العقد اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما له فاذا اذات الا لازم انتفى المزوم فاجواب أن المطلق ينصرف الى الكامل وهو العقد اللازم ومن انتفائه لا يلزم انتفاء العقد (١٥٣) وليس له أن يمسه وبأخذ النقصان) لان الفات وصف اذ العيب اما أن يكون بما

كي لا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له أن يمسه وبأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد

وسلم قال قلت بلى فأخرج لي كتابا أخذ ما اشتري العداء بن خالد بن هود من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا أو أمة لاداء ولا غائلة ولا خبئة بيع المسلم المسلم في هذا أن المشتري العداء وفي الاول أنه النبي صلى الله عليه وسلم وصح في المغرب أن المشتري كان العداء وتعلق البخاري انما يكون صحيحا اذا لم يكن به صيغة التريض كيد كربل بنحو قوله وقال معاذ لاهل اليمن فتي قوله عليه الصلاة والسلام بيع المسلم المسلم دليل على أن بيع المسلم المسلم ما كان سليما ويدل عليه قضاءه عليه الصلاة والسلام بالرد فيه على ما في سنن أبي داود بسنده الى عائشة أن رجلا ابتاع غلاما فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيبا فخاضه الى النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه فقال الرجل يا رسول الله قد استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اخراج بالضممان وفسر الخطابي الداء بما يكون بالريق من الادواء التي يرد بها كالجئون والجدام ونحوها والخبئة ما كان خبيث الاصل مثل أن يسبي من له عهد يقال هذا سبي خبئة اذا كان ممن يحرم بيه وهذا سبي طيبة بوزن خيرة ضده ومعنى الغائلة ما يغتال حقا من خبئة وما يدلس عليك في البيع من عيب ونقصه الداء وفاق نقضه رأى يوسف له وأما أبو حنيفة ففسره فيما رواه الحسن عنه بالمرض في الجوف والكبد والرئة وفسر أبو يوسف الغائلة بما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة وهو قول الرخشي الغائلة الخصلة التي تقول المال أي تملكه من اباق وغيره والخبئة هو الاستحقاق وقيل دواجنون وأما المعنى فلا أن السلامة لما كانت هي الاصل في المخلوق انصرف مطلق العقد اليها ولأن العادة أن القصد الى ما هو متحقق من كل وجه لان دفع الحاجة على التمام به يكون والتاقص معدوم من وجه فلا ينصرف اليه الا بذكره وتعيينه ولما كان القصد الى التمام هو الغالب صار كالشروط فيختير عند فقده (كي لا يتضرر بلزوم ما لم يرض به) (قوله وليس له أن يمسه وبأخذ النقصان) أي نقصان العيب وبه قال الشافعي خلافا لاحمد لان الخيار يثبت لدفع الضرر عن المشتري فلا يتحقق على وجهه بوجوب ضرر راعي الآخر من غير التزام له والبايع يلتزمه لانه حين باعه بالمسمى لم يرض بزواله عن ملكه الابنه وان كان معيبا وهذا لان الظاهر معرفته بالعيب فانزل عالمه بطول ممارسته في مدة كونه في يده ولذا بعينه اتفق العلماء على انه اذا باعه على انه معيب فوجده سليما لا خيار له ولا يقال انه مريض بالثمن المسمى الاعلى اعتبارا به معيب فلا يكون راضيا به حين وجده سليما لانه انزل عالمه بوصف السلامة فيه حيث باعه بالمسمى كان راضيا بالثمن على اعتباره سليما فلا يرجع بشيء كما جعل عالمه بالعيب فانزل غير راض فيه معيبا الا بذلك الثمن فلا يرجع عليه بشيء بل يختير في أخذه أو رده فان بذلك يعتدل النظر من الجانبين في دفع ضرر لم يلتزمه واحد منهما به فهذا الوجه هو الاوجه وذكر المصنف قبل قوله (ولان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن مجرد العقد) فليس له أن يأخذ في مقابلة قوائمه شيئا وهذا لان الثمن عين فاعلمه يقابلها مثله والوصف دونه فانه عرض لا يحرز بانقراده فلا يقابل به الاتباع المعروفه غير منفردة عنه وقوله مجرد العقد احتراز عما اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة كما لو ضرب البائع الدابة فتعيبت فان الوصف حينئذ يقر بالضممان ويختير المشتري وكذا اذا قطع البائع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف

يوجب فوات جزء من المبيع أو بغيره من حيث الظاهر كالمعي والعور والشلل والزمانة والاصبع الناقصة والسِّن السوداء والسِّن الساقطة واما أن يكون بما يوجب النقصان معني لا صورة كالمعال القديم وارتفاع الخيض في زمانه والزنا والدفء والخسر في الجارية وفي ذلك كله فوات وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لان الثمن إما أن يقابل بالوصف والاصل أو بالاول دون الثاني أو بالعكس لا يسيل الى الاول والثاني لئلا يؤدي الى من اجهة التبعية الاصل فتعين الثالث (قوله في مجرد العقد) احتراز عما اذا كانت الاوصاف مقصودة بالتناول كما تقدم

(قوله ينتفي الرضا) أقول أي ظاهرا (قوله اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما) أقول هذا غير مسلم وانما يكون كذلك لو اقتضاء اقتضاء تاما لا يجوز أن يتخلف عنه ومن أين ثبت ذلك (قوله وفي ذلك كله فوات وصف) أقول وكون

فوات الجزء فوات الوصف يعلم مما أسلفه الشارح في أوائل كتاب البيع (قوله لئلا يؤدي الى حرجا جهة التبعية الاصل) أقول أنت خير بآن المزاج في الاول وفي الثاني ترجيح التبعية على الاصل فليتنامل (قوله كما تقدم) أقول في أوائل كتاب البيع

(قوله ولا نه لم يرض بزواله) دليل آخر على عدم جواز إمساكه بأخذ النقصان أي قيمته أو أرشه وتقرر بان البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه بأقل من المسمى وفي إمساكه وأخذ النقصان زواله بالأقل فلم يكن مرضيه وعدم رضا البائع بزوال المبيع منافيا لجود البيع فيكون الزوال على البائع بلا بيع وفيه من الضرر ما لا يخفى والمشتري وإن كان يتضرر بالعيب أيضا لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضره فلا ضرورة في أخذ النقصان قبل البائع اذا باع معيبا فاذا هو سليم البائع يتضرر لما أن الظاهر انه نقص الثمن على ظن أنه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب امشور الخيار لهما أو عدمه لهما وأجيب بأن المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه فانزل عالم باسفة ملكه فلا يكون له الخيار وأن ظهر بخلافه وأما المشتري (١٥٣) فانه ما رأى المبيع فلأزال من العقد

مع العيب يتضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لأن ذلك أي رؤية العيب عند إحدى الحالين رضا بالعيب دلالة قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن) العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة وذكر المصنف رحمه الله ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لأن الضرر بنقصان المالية) ونقصان المالية بانتقاص القيمة فالتقص بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله) قال (والإباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير) الذي يعقل اذا أتى من مولاه مادون السفر من المصر الى القرية أو بالعكس فذلك عيب لأنه يفوت المنافع على المولى والسفر ومادونه

ولانه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري يمكن بالرد بدون تضرره والمراد عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لأن ذلك رضاه قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب) لأن التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله (والإباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يردده لأنه عين ذلك وإن حدثت بعد بلوغه لم يردده لأنه غيره وهذا لأن سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغير لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في بطنه والإباق في الصغير لحب اللعب والسرقة لقلّة المبالاة وهما بعد الكبر نخب في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فأما الذي لا يعقل فهو ضال لا أتى فلا يتحقق عيبا

الثمن لأنه صار مقصودا بالتناول أو حكما بان امتنع الرطخ البائع كأن تعيب عند المشتري بعيب آخر أو طلق الشرع بأن جنى جنابة ولذا قلنا إن من اشتري بقره فخلبها وشرب لبنها ثم ظهر له عيب لا يرددها لأن تلك الزيادة التي أثلّفها جرم بيع لانها تباع محض (رفع) لوصالح المشتري البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز وبه قال مالك والشافعي في وجه وفي وجه لا يجوز والاتفاق على عدمه في خيار الشرط والرؤية (قوله وكل ما أوجب نقصان الثمن) الذي اشتري به (في عادة التجار فهو عيب) وهذا ضابط العيب الذي يردده وهذا لأن ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به والمرجع في كونه عيبا أو لا لاهل الخبرة بذلك وهم التجار وأرأب الصنائع ان كان المبيع من المصنوعات وبهذا قالت الاثمة الثلاثة وسواء كان ينقص العين أو لا يتقصها ولا ينعص منافعها بل مجرد النظر اليها كالظفر الاسود والصحيح القوي على العمل وكما في جارية تركية لا تعرف لسان الترك (قوله والإباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير) وقوله (ما لم يبلغ) بمعنى مدة عدم بلوغه يجري مجرى المبدل من الصغير واذا كان ذلك عيبا في الصغير فظهرت عند البائع ثم وجدت أيضا عند المشتري في الصغير له أن يردده ثم قال القدوري (فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) وقد أعطى المصنف معنى هذه الجملة حيث قال (ومعناه) أي معنى قوله فاذا بلغ إلى آخره وحاصله انه اذا ظهرت هذه الاشياء عند البائع في صغره ووجدت عند المشتري بعد البلوغ لم يردده لأنه غير ذلك الذي كان عند البائع وبينه (بأن سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش) للصغير (الضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والإباق في الصغير لحب اللعب والسرقة) في الصغير (قلّة المبالاة وهما بعد الكبر نخب في الباطن) فاذا اختلف سببها بعد البلوغ وقبله كان الموجود منها بعد غير الموجود منها قبله واذا

(٢٠ - فتح القدير خامس) فيه سواء فلأثبت الجارية من الخاصب الى مولاه فليس بإباق وإن أبقت منه ولم ترجع الى مولاه عالمة بعزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب وإن فات أحدهما فليس بعيب واذا بال في الفراش وهو مميز بأكل وحده ويشرب وحده فكذلك واذا سرق درهمين من مولاه أو من غيره فكذلك لاختلافها بالمقصود لانه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع يده في سرقة مال غيره فيكون عيبا لا تفرقة بين المولى وغيره إلا في الماء كولات لا كل فان سرقهما من مولاه ليست بعيب فاذا وجدت هذه الاشياء من الصغير عند البائع والمشتري في حال صغره فهو عيب يردده واذا وجدت عندهما في حال كبره فكذلك وأما اذا اختلف فكان عند البائع في صغره وعند المشتري في كبره فلا يردده لأن سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر على ما قال في الكتاب

قال (والجنون في الصغر عيب أبدا) ومعناه إذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه أو في الكبر رده لأنه عين الأول إذا السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري

كان غيره فلا يرد به لأنه عيب حادث عنده بخلاف ما إذا ظهرت عند البائع والمشتري في الصغر أو ظهرت عنده بعد البلوغ فإن له أن يرد به ما إذا عرف الحكم وجب أن يقرر اللفظ المذكور في المختصر وهو قوله فإذا بلغ فليس ذلك الذي كان قبله عند البائع بعيب إذا وجد بعده عند المشتري حتى يعاوده بعد البلوغ عند المشتري بعد ما وجد بعده عند البائع واكتفى بلفظ المعاودة لأن المعاودة لا تكون حقيقة إلا إذا اتحد الأمر لأنه لا يقال عاود زيد فيما إذا ابتدأ غيره فعرض لتحقيق المعاودة بعد البلوغ بوجوب وجوده منه قبل البلوغ أيضا ولا فلا معاودة وقوله ليس بعيب أي لا يرد به وقوله والمراد من الصغير إلى آخره تقييد للصغير الذي ذكرناه إذا وجد منه شيء من هذه الأمور عند البائع والمشتري يرد بأن يكون صغيرا بعقل وأما الصغير الذي لا يعقل فهو إذا فقد ضال لا أبى وكذا لا يكون بوله وسرقته عيبا قال في الإيضاح السرقة والبول في الفراش قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لأنه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك عيب مادام صغيرا وكذا روى أبو يوسف في الأموال عن أبي حنيفة وفي بعض المواضع ويستجبي وحده وإذا قدر به أحد وما قدر به في الحضنة اقتضى أن يكون ابن سبع سنين إذا صدر منه ذلك لا يرد به لأنهم قدروا الذي يأكل وحده إلى آخره بذلك لكن وقع التصريح في غير موضع بتقديره بدون خمس سنين وفي الفوائد الظهيرية هنا مسألة عجيبة هي أن من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر عند المشتري كان له أن يرجع بالنقصان فإذا رجع به ثم كبر العبد هل للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ لأرواية فيها قال وكان والدي يقول ينبغي أن يسترد استدلالا بعسنتين أحدهما إذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له أن يرد لها ولو تعيبت بعيب آخر رجع بالنقصان فإذا رجع به ثم أبانها الزوج كان للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذا فيما نحن فيه والثانية إذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان فإذا رجع ثم برئ بالمدواة لا يسترد ولا استرد والبلوغ هنا لا بالمداواة فحينئذ ينبغي أن يسترد انتهى وفي فتاوى قاضيان اشترى جارية وادعى أنها لا تحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت قالوا إذا كان البائع أعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع أن يسترد ذلك وفيها أيضا اشترى عبدا فقبضه فمعه عنده وكان يحجم عند البائع قال الإمام أبو بكر محمد بن الفضل المسئلة محفوفة عن أصحابنا أنه إن حم في الوقت الذي كان يحجم فيه عند البائع كان له أن يرد به وفي غيره فلا يقل له فلو اشترى أرضا فزنت عند المشتري وقد كانت تنزل عند البائع قال له أن يرد لأن سبب النزول واحد وهو تسفل الأرض وقرب الماء لأن يحمي عماء غالب أو كان المشتري رفع شيئا من ترابها فيكون النزاع ذلك أو يشتبه فلا يدرى أنه عينه أو غيره قال القاضي الإمام بشكل عيا في الزيادة اشترى جارية بيضاء إحدى العينين ولا يعلم ذلك فأنجلى البياض عنده ثم عاد ليس له أن يرد وجعل الثاني غير الأول ولو اشترى جارية بيضاء إحدى العينين وهو يعلم ذلك فلم يقبضها حتى أنجلى ثم عاد عند البائع ليس للمشتري الرد وجعل الثاني عين الأول الذي رضى به إذا كان الثاني عند البائع ولم يجعله عينه إذا عاد البياض عند المشتري وقال لا يرد ثم قال القاضي الإمام كنت أشاء وشمس الأئمة الخواني وهو يشاور معي فيما كان مشكلا إذا اجتمعنا فشاورة في هذه المسئلة فما استفدت منه فرفقا (قوله والجنون عيب أبدا) هذا لفظ محمد رحمه الله فلا وجن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري في الصغر أو في الكبر رده لأنه عين الأول لأن السبب للجنون في حال الصغر والكبر متحد (وهو فساد الباطن) أي باطن التماسع فهذا معنى لفظ أبدا المذكور في لفظ محمد (وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة للجنون في يد المشتري) كذهب إليه طائفة من المشايخ فأثبتوا حق الرد بمجرد وجود الجنون

قال (والجنون في الصغر عيب أبدا) معناه أن الجنون فارق العيوب المذكورة في عدم اشتراط اتحاد الحالتين لأن السبب في الحالتين واحد وهو فساد الباطن فإذا جن في يد البائع في صغره ثم ما أو ساعة ثم عاوده عند المشتري في كبره يرد به وليس معناه أن المعاودة في يد المشتري بشرط كمال اليه شمس الأئمة الخواني وشيخ الإسلام وهو رواية المنتقى بناء على أن آثاره لا ترتفع وذلك تبين في جماليق عينيه

وهو المذكور في الاصل

والجامع الكبير قال (والدفر

والبحر عيب في الجارية)

الدفر راحة مؤذنة تحي

من الابط والذفر بالذال

المجتمعة شدة الراحة طيبة

كانت أو كريمة ومنه مسك

أذفر وابط دفرء وهو مراد

الفقهاء من قولهم الدفر

عيب في الجارية وهكذا في

الرواية والبحر نعت راحة

القسم كل منهما عيب في

الجارية للاختلاف بما عسى

يكون مقصودا وهو

الاستفراش وليس بعيب

في الغلام لانه لا يخل

بالخدمة المقصودة منه الا

أن يكون فاحشا لا يكون في

الناس مثله لانه حينئذ

يكون من داء والداء نفسه

يكون عيبا والزنا وولد الزنا

عيب في الجارية دون الغلام

لان الاول يخل بالاستفراش

والثاني يطلب الولد فان الولد

يعبر بزنا أمه وليس باخل في

المقصود من الغلام وهو

الاستخدام

(قوله ومنه مسك أذفر

والبط دفرء وهو مراد

الفقهاء من قولهم الخ)

أقول فيه تأمل قال المصنف

(والزنا وولد الزنا) أقول وكون

المبيع ولد الزنا خذف

المضاف والمضاف اليه

(قوله والثاني يطلب الولد)

أقول خص الثاني باخلال

طلب الولد مع أن الاول

لأن الله تعالى قادر على إزالته وان كان قبل ان يولد فلا بد من المعاودة للرد (قال والبحر والدفر عيب في الجارية) لان المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهو ما يخلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود الاستخدام ولا يخلان به الا أن يكون من داء لان الداء عيب (والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام) لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام

عند البائع وان لم يكن عند المشتري فهذا غلط (لان الله تعالى قادر على إزالته) أي إزالته سببه (وان كان قبل ان يولد) وقد حققنا كثير من النساء والرجال جنوا ثم عوفوا بالمساواة فان لم يعاوده جاز كون البيع صدر بعد إزالته الله سبحانه وتعالى هذا الداء والعيوب فلا يرد بلا تحقق قيام العيب (فلا بد من معاودة الجنون بالرد) وهذا هو الصحيح وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير واختاره الاسيماي قال محمد بعد قوله اذا جن مرة واحدة فهو عيب لازم أبدا بأسطر وان طعن المشتري بابق أو جنون ولا يعلم القاضي ذلك فانه لا يستخلف البائع حتى يشهد شاهدان أنه قد أبق عند المشتري أو جن صرح باشتراط المعاودة في الجنون وهذا بخلاف ما اذا اولدت الجارية عند البائع لامن البائع أو عند آخر فانها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وان لم تلد ثانيا عند المشتري لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول أبدا وعليه الفتوى وفي رواية كتاب البيوع لا ترد وفي المحيط تكملوا في مقدار الجنون قيل هو عيب وان كان ساعة وقيل ان كان أكثر من يوم وليد فهو عيب ويوم وليلة فادونه ليس بعيب وقيل المطبق عيب وماليس يطبق ليس بعيب والسرقة وان كانت أقل من عشرة عيب وقيل مادون الدرهم بخوفلس أو فلسين ونحوه ليس عيبا والعيب في السرقة لا فرق فيه بين كونه من المولى أو من غيره الا في المأكولات فان سرقتها الاجل الا كل من المولى ليست عيبا ومن غيره عيب وسرقته البيع من المولى وغيره عيب ونقب البيت عيب وان لم يسرق منه ولم يبق مادون السفر عيب بالاخلاف واختلفوا في انه هل يشترط خروجه من البلد فليل شرط فلو أبق من محلة الى محلة لا يكون عيبا ومن القرية الى مصر لابق وكذا على العكس ولو أبق من غاصبه الى المولى فليس بعيب ولو أبق منه ولم يرجع الى المولى ولا الى الغاصب فان كان يعرف منزل مولاه ويقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان لم يعرفه أو لا يقدر فلا (قوله والدفر الخ) هذه أربعة أشياء عيب في الجارية وليست عيبا في الغلام والبحر والدفر والزنا وولد الزنا لان الجارية قد يرد منها الاستفراش وهذه المعاني تمنع منه فكانت عيبا بخلاف الغلام فانه لا يستخدم خارج البيت وهذه ليست مانعة منه فلا يعد عيبا الا اذا كان البحر والدفر من داء فيكون عيبا في الغلام أيضا لان الداء عيب وفي فتاوى قاضيان قال الا أن يكون فاحشا لا يكون مثله في عامة الناس فيكون عيبا وعن أبي حنيفة الدفر ليس عيبا في الجارية أيضا الا أن يفحش فيكون عيبا فيها دونه وقيل اذا كان العبد أمره بديكون البحر عيبا به والصحيح انه لا فرق بين كونه أمره بغيره والدفر نتر ربح الابط يقال رجل أذفر وأمرأة دفرء ومنه للسب يقال يا ذفرء عدول عن دافرة ويقال سمعت دفر الشيء ودفره يسكون الفاء وفتحها كل ذلك والبال مهملة وأما بعمام الدال ففتح الفاء لا غير وهو حدة من طيب أو نتر وربما خص به الطيب فليل مسك أذفر ذكره في الجهرة وفيها وصفت امرأة من العرب شيخا فقالت ذهب دفره وأقبل بخمره قيل الرواية هنا والسماع بالدال غير المجتمعة والبحر بالحسين عيب وهو انتفاخ تحت السرة ومنه سمي بعض الناس أبحر وفي الصحابة غالب بن أبحر وأقبله وسمي به فرس لعنته وكذا الاذرو وهو عظم الخسيتين والاذن عيب وهو من يسيل الماس من منخره والبحر الذي هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون لقلع في الاسنان فان ذلك يزول بتنظيفها ووجه كون الجارية ولزنا عيبا بأنه يخل بالمقصود من طلب الولد لانها اذا كانت ولدت زنا

يخل به أيضا باختصاص الثاني به (قوله فان الولد يعبر بزنا أمه) أقول ونأى النفس من الاستيلاء بمن يعبر بسرية ذلك الى ولده



الآن يشكر ذلك منه على ما قال المشايخ فانه يصير عادة ويحتاج الى اتباعهم وهو محل بالخدمة قال (والكفر عيب فيهما) الكفر عيب في الجارية والغلाम لان طبع المسلم ينفر عن محبته والنفرة عن المحبة تؤدي الى قلة الرغبة وهي تؤثر في نقصان الثمن فيكون عيبا ولا يبيع صرفه عن كفارة القتل بالاتفاق وعن كفارتي انمين والظهار عند بعض فيخل بالرغبة فان اشتراه على انه مسلم فوجده كافرا فلا شبهة في الرد فان اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لم يرد عندنا لانه زوال العيب وزوال الشيء لا يكون اياه كما اذا اشترى معيبا فاذا هو سليم فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على انه كافر للبراءة عن عيب الكفر لا لشرط بأن يوجد فيه هذا الوصف القبيح لاحالة وقال الشافعي يرد به لانه فات شرط ضرر غوب لان الاولى (١٥٩) بالمسلم أن يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون العلوج والجواب ان هذا

أمر راجع الى الديانة ولا عبرة به في المعاملات فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض بأن ارتفع عنها في أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة وادعى المشتري بعد ثلاثة أشهر من وقت الشراء فيما روى عن أبي يوسف أو أربعة أشهر وعشر فيما روى عن محمد أو سنتين فيما روى عن أبي حنيفة وزفر رحمه الله انما لم تحض لحبس بها أولاء كان ذلك عيبا ترد به والمرجع في الحبس قول النساء ويكتفى بقول امرأة واحدة في حق سماع الخصومة وفي الداء قول الأطباء يقبل فيه قول عدلين وقال أبو المعين يكفي قول عدل واحد منهم وقيدنا بأن تكون الدعوة بعد المدة المذكورة لانه اذا ادعى في مدة قصيرة لا يلزم القاضي الاصغاء الى ذلك وبأن تكون دعواه مشتملة على انضمام الحبس الى انقطاع الحيض أو على

الآن يكون الزنا عادة على ما قالوا لان اتباعهم يحل بالخدمة قال (والكفر عيب فيهما) لان طبع المسلم ينفر عن محبته ولا يبيع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرد لانه زوال العيب وعند الشافعي يرد لانه الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب (قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب) لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء

غير الولد بأمه وقوله (الآن يكون الزنا عادة) استثناء من قوله دون الغلام وقوله (على ما قالوا) يعني المشايخ (لان اتباعهم يحل بالخدمة) اذ كلما وجهه حاجة اتبع هواه وقال قاضيان لو كان الزنا منه حرارا كان عيبا لانه يضعفه عن بعض الاعمال ويزاد بالحدود وضعفه في نفسه انتهت بل وفي عرضه ورعا نادى به عرض سيده ومن العيوب عدم الختان في الغلام والجارية المولدين البالغين بخلافهما في الصغرين وفي الجليب من دار الحرب لا يكون عيبا مطلقا وفي فتاوى قاضيان وهذا عندهم يعني عدم الختان في الجارية المولدة أما عندنا عدم الخفض في الجوارى لا يكون عيبا (قوله والكفر عيب فيهما) أي في الغلام والجارية (لان طبع المسلم ينفر عن محبة الكافر) للعداوة الدينية وفي الزامه به غاية الاضرار بالمسلم ولا يأمنه على الخدمة في الامور الدينية كالخاذاياه الرضوء وحمل المصحف اليه من مكان الى مكان ولا يقدر على اعناقته عن كفارة قتل خطا فقتل رغبته والوجه هو الاول ولذا قلنا انه لو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرد لانه زائل العيب والشكاح والدين عيب في كل من الجارية والغلام وعند الشافعي تفصيل حسن في الدين وهو انه ان كان دينيا متأخرا الى ما بعد العتق فلا خيار له يرد به كدين معاملة بأن اشترى شيئا بغير اذن المولى وان كان في رقبته بأن جنى في يد البائع ولم يفده حتى باعه فلده ان يقال وبعد العتق قد يضر في نقصان ولائه وميراثه (قوله) وانا كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب لان انقطاع الحيض في أوانه (واستمراره علامة الداء) فكان الانقطاع والاستمرار دليل على الداء والداء عيب وقد يتولد المرض من الانقطاع في أوانه بخلاف ما اذا كانت بسن الاياس فان الانقطاع ليس عيبا حينئذ حقيقة العيب فيهما بالداء واذا قال بعضهم اذا اراد أن يرد عيب الانقطاع فلا يدعي الانقطاع بل ينبغي أن يدعي بأحد السببين من الحبس أو الداء حتى تسمع دعواه لان الانقطاع بدونهما لا يعد عيبا والمرجع في الحبس الى قول النساء وفي الداء قول الأطباء ولا يثبت العيب بقول الأطباء حتى تسمع الخصومة مع البائع الآن يتفق منهم عدلان بخلاف العيب الذي لا يطلع عليه الا النساء فانه يقبل في توجع الخصومة قول امرأة واحدة وكذا في الحبس وفي الكافي نص على الاكتفاء في المرض الباطن بقول طبيب عدل ولا يشترط العدد ولفظة الشهادة

انضمام الداء اليه لان الارتفاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا وكذا اذا بلغت المدة المذكورة وحاض ولم ينقطع كان ذلك عيبا لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء لان العادة في التي خلقت على السلامة الحيض في

(قوله ولا يبيع صرفه عن كفارة القتل) أقول الاولى ان يقال يبيع عن صرفه في كفارة القتل (قوله ولا عبرة به في المعاملات) أقول أي عند التجار (قوله وبأن تكون دعواه مشتملة) أقول معطوف على قوله بان تكون الدعوى بعد المدة (قوله لان الارتفاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا) أقول فيه بحث الارى ان التعليل الذي ذكره بقوله لان ارتفاع الدم علامة الداء لان العادة الخ (قوله وكذا اذا بلغت المدة المذكورة) أقول التقييد بالبلوغ الى المدة المذكورة في الاستمرار ضائع بل محجل فان الاستمرار قبله عيب أيضا

وباعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيم اغتدأ في حنيفته رحمه الله ويعرف ذلك بقول الأئمة فترد ان انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعد وهو الصحيح

وهكذا نفس عليه الشيخ أبو المصنف في شرح البائع الكبير وهو الوجه لانه لتوجه الخصومة لا ترد وفي حنفية اذا كان العيب باطلا لا يعرفه الاطراف كالاطباء والخاسين فان اجتمع عليه مسلمان أو ثلاثة مسلم عدل قبل ريثب العيب في اثبات حق الخصومة وفي فتاوى قاضيان ان أخبر بذلك واحد ثبت العيب في حق الخصومة والدعوى ثم يقول القاضى حمل حدث عندك هذا العيب فان قال نعم قضى عليه بالرد وان أنكر ولا يثبت له استخفاف كما سئد كر (ويعتبر في الارتفاع) الموجب للعيب (أقصى غاية البلوغ وهو) أن يكون سنهنا (سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة ويعرف ذلك) أى الارتفاع والاستمرار (بقول الأئمة) لانه لا طريق له الا ذلك (ناذا انضم الى قولها نكول البائع) اذا استخلف (قبل القبض أو بعده في الصحيح ردت) واحتذر بقوله في الصحيح عماروى عن أبي يوسف انه ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وعمان محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء وجه الصحيح ان شهادتهن حجة ضعيفة فلا يحكم بها الا بما يؤيد وهو نكول البائع ثم ذكر في النهاية في صفة الخصومة في ذلك أن المشتري اذا ادعى انقطاع الحيض فالتقاضى يسأله عن مدة الانقطاع فان ذكر مدة قصيرة لانسمع دعواه وان ذكر مدة مديدة سمعت والمديدة روى عن أبي يوسف مقدرة بثلاثة أشهر وعن محمد بأربعة أشهر وعشر وعن أبي حنيفة وزفر بستين ومادون المديدة قصيرة فان كان القاضى مجتهدا أخذ بما أدى اليه اجتهاده والا أخذ بما اتفق عليه أصحابنا وهو ستان واذا سمع الدعوى بسأل البائع أهى كاذ كالمشتري فان قال نعم ردها على البائع بالتماس المشتري وان قال هى كذلك للحال وما كانت كذلك عندى توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامه للحال وان طلب المشتري عين البائع يخلف البائع فان حلف برئ وان نكل ردت عليه وان شهد للمشتري شهودا لا تقبل شهادتهم على الانقطاع ونكول على الاستحسان لانهما يمكن الاطلاع عليه ولا يمكن على الانقطاع الذى به دعيا وان أنكر البائع الانقطاع فى الحال هل يتخلف عند أبي حنيفة لا وعندهما يتخلف وهذا ينبوع عن تقرير الكتاب وانما يوافق تقرير الهمدية مانقوله صاحب النهاية بعدما ذكره هذا ما ذكره عن فتاوى قاضيان اشترى جارية فقبضها فلم تحض عند المشتري شهرا أو أربعين يوما قال القاضى الامام ارتفاع الحيض عيب وأدناه شهر واحد اذا ارتفع هذا القدر عند المشتري كان له أن يرده اذا ثبت انه كان عند البائع انتهى وهذا كما ترى لا يشترط ثلاثة أشهر ولا أكثر وينبغي أن يقول عليه وما تقدم خلاف بينهم فى استبراء مائة الطهر فعدت إلى حنيفته وهو قول زفر ستان وعند أبي يوسف ثلاثة أشهر وهو قول لأبي حنيفة وعنه وهو قول محمد أربعة أشهر وعشر وفي رواية عن محمد شهران وخمسة أيام وعليه الفتوى والرواية هناك ليست واردة هنا لأن الحكم هناك يستدعى ذلك الاعتبار فان الوطء ممنوع شرعا الى الحيضة لاحتمال الحمل فيكون ساقيا ماؤه زرع غيره فقدره أبو حنيفة وزفر هناك بستين لانه أكثر مدة الحمل فاذا مشتطه ارتفاعه فجاز وطؤها وهو أقسى وقدره محمد وأبو حنيفة في رواية بأربعة أشهر وعشر لانها اعتبرت عدة المتوفى عنها زوجها لان فيها يظهر الحمل غالباً كانت حاملا وقد رده أبو يوسف بثلاثة أشهر لانها اجعلت عدة التى لا تحيض والحكم هناك ليس الا كون الامة ادعيا فلا يتجه اناطته بستين أو غيرها من المدد لان كونه عيبا باعتبار كونه يؤدى الى الداء وطريقا اليه وذلك لا يتوقف على منى مدة معينة مما ذكره وبما ذكرنا ظهر أنه لا يحتاج فى دعوى الانقطاع للرد به الى تعيين انه عن حبيل أو داء فى الدعوى فان كونه عيبا باعتبار كونه مفسدا الى الداء لا لانه لا يكون الا عن داء يتقدم عليه فلما لم يتعرض فقيه النفس قاضيان لما ذكر من تعيين كون الانقطاع عن أحدهما بل اذا ادعى الانقطاع فى أو انه فقد ادعى

أوانه والمعاودة على وجهه لا يردوم فاذا جازت أقصى العدد وهو سبع عشرة سنة ولم تحض أو ساضت ولم ينتلع كذا ذلك لما فى بطنها والداعية ويعرف ذلك أى الارتفاع والاستمرار بقول الأئمة فان أنكر البائع ذلك لا ترد عليه البجحة ولا يقبل فيه قول الأئمة وحدها فيختلف البائع فان نكل ترد عليه بنكوله سواء كان قبل القبض أو بعده فى ظاهر الرواية وهو الصحيح لان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة فى توجهه الخصومة فقط وعن أبي يوسف انه ترد قبل القبض بقول الأئمة وبشهادة النساء لان العقد قبل القبض لم يتأ كدخاز أن يفسخ بشهادتهن

قال المصنف (وهو الصحيح) أقول قال ابن الهمام احتذر بقوله هو الصحيح عماروى عن أبي يوسف انه ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وعن محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء انتهى وله كلام متعلق به بعد حقيقة

العيب ويكنى شهر واحد فان به يتحقق الانقطاع في أوأته وهو العيب لانه ان كان في الواقع مسيبا عن  
 داء فهو عيب وطريقا اليه فكذلك فيكنى في الخصومة ادعاء ارتقاعه فقط وهو الذي يجب أن يعقل عليه  
 والا فقلما ينظر للطبيب داء بمعددة الطهر وكثيرا ما يكون الممتد طهرها شهرين وثلاثة صحيحة لا ينظر بها  
 داء وهذا هو ظاهر الهداية التي ترى الى قوله ويعرف ذلك بقول الامة وكذا قال الامام العتاني وغيره انما  
 يعرف ذلك عند المنازعة بقول الامة لانه لا يقف على ذلك غيرهما فلو كان اعتقاده لزوم دعوى الداء أو الخلل  
 في دعوى عيب الانقطاع لم يتصور أن يثبت بقوله ما حينئذ توجه اليه على البائع بل لا يرجع الا الى قول  
 الاطباء أو النساء فظهر ان ما ذكر في النهاية من لزوم دعوى الداء أو الخلل في دعوى انقطاع الحيض ثم انه  
 يحتاج في توجه الخصومة الى قول الاطباء أو النساء ليس تقرير ما في الكتاب بل ما ذكره مشايخ آخرون  
 يغلب على الظن خطأهم وكذا ما ذكره من جعل هذه وزان المشتراة بكرا على قول أبي حنيفة وأبي  
 يوسف انه اذا قال المشتري ليست بكرا وقال البائع بكرا في الحال فان القاضي يريه النساء فان هي بكرا  
 لزم المشتري من غير عين البائع لان شهادتهن تأيدت بمؤيدها أن الاصل البكارة وان قلن هي ثيب لا يثبت  
 حق الفسخ بشهادتهن فيحلف البائع لقد سلمت ما يحكم البيع وهي بكرا ان كان بعد القبض وان كان قبله  
 حلف أنه أبكر غير موافق لان العيب هنا يوجب حق الخصومة بمجرد قولها حتى يتوجه عليه اليمين ويقضى  
 بالنكول على ما في الكتاب والعتابي وغيرهما وفي البكارة لا بد من رؤية النساء وكيف ولا طريق الى  
 استعلام الانقطاع الا قولها بخلاف البكارة لها طريق تستعلم به فلا يرجع فيها الى قولها واذا عرف هذا فقول  
 المصنف هو الصحيح ان كان احترازا عن قول أبي يوسف انه ان رد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وما  
 ذكرنا عن محمد فغير مناسب فان ما عن أبي يوسف ومحمد في ذلك انما هو في دعوى البكارة والرتق والقرن  
 وقياس هذه عليها غير صحيح اذ لا يعرف ذلك الا من النساء وقول النساء هنا انما منقطعة الحيض غير معتبر  
 وقد ذكرنا وان الشهادة على الانقطاع الكائن عيبا لا تقبل اذ لا يطلع عليه وترتيب الخصومة على ما في  
 الهداية وقاضخان والعتابي وهو ما صحناه أن يدعى الانقطاع في الحال ووجوده عند البائع فان اعترف  
 البائع به ما ردت عليه وان أنكر وجوده عنده واعترف بالانقطاع في الحال استخبرت الجارية فان ذكرن  
 انهما منقطعة اتجهت الخصومة فيحلفه بالله ما وجد عنده فان نكل ردت عليه وهذا قول المصنف ترد اذا  
 انضم اليه نكول البائع ولو اعترف بوجوده عنده وأنكر الانقطاع في الحال فاستخبرت فانكرت الانقطاع  
 والغرض أن لا تقبل عليه بينة والمشتري يدعيه فقد صرح في النهاية بما قدمناه من أنه اذا أنكر الانقطاع  
 في الحال لا يستحلف عند أبي حنيفة ويستحلف عندهما ويجب كون الاستحلاف على العلم بالله ما يعلم  
 انهما منقطعة عند المشتري فان نكل اتجهت الخصومة وان حلف تعذرت ولجئ قلما يحلف كذلك الا  
 وهو ياروم من أين له العلم بأنهما عند المشتري لم تحض وكأن المذكر في النهاية مبني على ما ذكره في صورة  
 الخصومة وأما على ما في الهداية فان القول قولها في الانقطاع ويمكن أن يجري فيه أيضا وهذا تعداد  
 للعيوب عدة الجارية عن طلاق رجعي عيب لا عن بائن والنسكاح عيب فيهما وكثرة الخيلان وجره الشعر  
 اذا خشت بحيث يضرب الى البياض وكذا الشمط في غيرا وأنه دليل الداء وفي أوأته دليل الكبر والعشا  
 أن لا يبصر ليلا والسن الساقطة ضرسا أو غيره وسواده وسواد الظفر والعسر وهو أن يعمل يساره ولا  
 يستطيع العمل يمينه بخلاف أعسر يسره وهو أن يعمل بهما معا فانه زيادة حسن والقسم وهو يوسنة  
 البلل وتشنج في الاعضاء والغرب وهو ورم في الاماقي ورمعيا يسيل منه شيء فيصير صاحبه كصاحب  
 الجرح السائل والحول والحوص نوع منه والشر وهو انقلاب الحفن وبه سمي الاشر والظفر هو بياض  
 يبدو في انسان العين وجرب العين وغيرها والشعر والقبل في العين ومنه قول الشاعر يصف خيلا  
 \* تراهن يوم الروغ كالحمد القبل \* والماء في العين والسبل والسعال القديم اذا كان عن داء فأما

(قال واذا حدث عند المشتري

عيب) اذا حدث عند المشتري

عيب بأقصة سماوية أو

غيرها ثم اطلع على عيب

كان عند البائع فله أن يرجع

بنقصان العيب بأن يقوم

المبيع سليما عن العيب

القديم ومعيبا به فما كان

بينهما من عشرة أو غن أو

سدس أو غير ذلك يرجع به

عليه (ولا يرد المبيع لأن في

الرد اضرار بالبائع) بخروج

المبيع من ملكه سليما من

العيب الحادث وعوده اليه

معيبا به والاضرار ممتنع (ولا

يدين دفع الضرر عنه) أي

عن البائع ويجوز أن يعود

إلى المشتري لأنه أيضا يضرر

بالمعيب لأن مطلق العقد

يقتضي السلامة والرجوع

طريق صالح للدفع فتعين

مدفعا الآن يرضى البائع

أن يأخذه بعيبه الحادث

لأنه يرضى بالضرر والرضا

اسقاط لحقه كما أن للمشتري

أن يرضى أن يأخذه بعيبه

القديم فإن قيل أين قولكم

الوصاف لا يقابلها شيء

من الثمن أجيب بأنها اذا

صارت مقصودة بالتناول

حقيقة أو حكما كان لها حصة

من الثمن وهما كذلك كما

(قال واذا حدث عند المشتري عيب فاطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع) لأن في الرد اضرار بالبائع لأنه يخرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الآن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه يرضى بالضرر

القدر المعتاد منه فلا والعزل وهو أن يعزل ذنبه إلى أحد الجانبين والمشش وهو روم في الدابة له صلابة والقدح وهو أعوجاج في مفاصل الرجل والفحج وهو تباعد ما بين القدمين والصكل وهو صك إحدى ركبتيه بالأخرى والرتق والقرن والعقل وهو امتلاء لحم الفرج والسلعة والقروح وآثارها والدخس وهو روم يكون باطراف حافر الفرس والجمار والحنف وهو ميل كل من إبهامى الرجل إلى أخرى وقال محمد بن الأعرابي الاحنف الذي يمشى على ظهرو قدميه وتناسل شعر الرأس والصدف وهو التواء في أصل العنق وقيل ميل في البدن والشدق سعة مقرطة في الفم والتخث قيسل اذا خش أو كان يأتي بأفعال رديئة والحق وكونها مغنيسة وشرب القلام وترك الصلاة وغيره من الذنوب وقيل لا كل في البقرة ونحوها وكثرته في الانسان وقيل في الجارية عيب لا الغلام ولا شك أنه لا فرق اذا أقرط وعدم المسيل في الدار والشرب للارض وكذا ارتفاعها بحيث لا تنقى الا بالسكر وكون الجارية محترقة الوجه لا يدرى حسنهما من قبحها بخلاف ما اذا كانت دمية أو سوداء والعتار في الدواب ان كان كثيرا فاحشا وكذا كل العذار والجوح والامتناع من الجماع وكذا الحزن عند العطف والسير وسيلان اللعاب على وجهه يسيل المخلاة اذا غلق عليه فيها وكثرة التراب في الخنطة ترد به بخلاف ما اذا كان معتادا ليس له أن يعيز التراب ويرجع بمحضته وكذا لو اشترى خفا أو مكعبا ليس فلم يدخل رجله فيه فهو عيب ولو باع سويقا ملتونا على أن فيه كذا من السمن أو قيصا على أن فيه عشرة أذرع والمشتري ينظر اليه ويظهر خلافه فلا خياره (قوله واذا حدث عند المشتري عيب) بأقصة سماوية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب وليس له أن يرد المبيع لأن الرد اضرار بالبائع لأنه يخرج عن ملكه سالما) فلو ألزمناه به معيبا يضرر (ولا بد من دفع الضرر عن المشتري فتعين الرجوع بالنقصان الآن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه) الحادث عند المشتري فله ذلك (لأنه يرضى بالضرر) وما كان عدم الزامه المبيع الا لدفع الضرر عنه فاذا رضى فقد اسقط حقه اللهم الآن يمتنع أخذه اياه لحق الشرع بان كان المبيع عصيرا فتمتع عند المشتري ثم اطلع على عيب فانه لو أراد البائع ان يأخذه بعيبه لا يمكن من ذلك لما فيه من غلبات الخمر وتلكها ومنعهما من ذلك حق الشرع فلا يسقط براضيهما على اهداره كالأمر تراضيا على بيع الخمر وشرا ثم اطلب قيسل ينبغي أن يرجع جانب المشتري فيرجع بالنقصان ويرد المبيع لأن البائع دلس عليه فكان مغرورا من جهته أجيب بأن المعصية الصادرة عنه لا تمنع عصمة ماله كالتغاصب اذا عمل في الثوب المعصوب الخياطة أو الصبغ بالحبرة لأن الظالم لا ينظم والضرر عن المشتري يندفع بان ثبت حق الرجوع بحصة العيب فان قيل فقد تقدم أن الاوصاف لاحصة لها من الثمن بانفرادها أجيب بأنها اعتبرت أصولا لضرورة جبر حق المشتري والايهادر كما صيرت أصولا بالقصد من اتلافهما وكل ما يرجع بالنقصان فعنه أن يقوم العبد بالعيب ثم يقوم مع العيب وينظر إلى التفاوت فان كان مقدار عشرة القيمة يرجع بعشر الثمن وان كان أقل أو أكثر فعلى هذا الطريق ثم الرجوع بالنقصان اذا لم تمنع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري أما اذا كان بفعل من جهته كذلك كان قتل المبيع أو باعه أو وهبه أو أعتقه على مال أو كاتبه ثم اطلع على عيب فليس له حق الرجوع بالنقصان وكذا اذا قبل عند المشتري خطأ لأنه لما وصل البديل إليه صار كأنه ملكه من القاتل بالبديل فكان كالأمر باعه ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون له أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع (فرع) لا يرجع بالنقصان اذا أبقى العبد مادام حيا عند أبي حنيفة وبه قال الشافعي

فامتنع كما لا يخفى

قال (ومن اشترى ثوبا فاقطعه) ومن اشترى ثوبا فاقطعه (فوجد فيه عيبا يرجع بالعيب لامتناع الرد بالقطع) الذي هو عيب حادث لا يقال  
 البائع يتضرر برده معيبا والمشتري بعدم رده فكان الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع الضرر لان البائع غرم بتدليس العيب لا  
 نقول العيب لا تمتنع عصمة المال كالتعيب اذا صبغ المصنوع فكان في شرع الرجوع بالعيب نظرا لیسما وفي الزام الرد بالعيب  
 الحادث اضرار للبائع للفعل بانه وفي عدم الرد وان كان اضرار بالمشتري لكن العجز عما يضره فكا فاسواء فاعتبر ما عاين نظر لهما الا  
 اذا قال البائع انا قبله كذلك فان له ذلك لان الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضی به فكان اسقاطا لحقه فان قيل ما الفرق بين هذه  
 المسئلة وبين ما اذا اشترى بغير افحز فلم ياشق بطنه وجد امعاء فاسدة فانه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند أبي حنيفة رحمه الله اوجب  
 بأن النحر افساد لالبالية لصيرورة البعير به عرضة للثمن والفساد ولهذا لا تقطع يد السارق بسرقة فيختل معنى قيام المبيع فان باعه  
 المشتري بمعنى بعد القطع ثم علم بالعيب (١٦٠) لم يرجع بشئ لانه جاز ان يقول البائع كنت اقبله كذلك فلم يكن الرد متعاضدا

قال (ومن اشترى ثوبا فاقطعه فوجد فيه عيبا يرجع بالعيب) لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث (فان  
 قال البائع انا قبله كذلك كان له ذلك) لان الامتناع لحقه وقد رضی به (فان باعه المشتري لم يرجع  
 بشئ) لان الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير هو بالمبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان (فان قطع  
 الثوب وخاطه أو صبغه أجزأه السويق بيمين ثم اطلع على عيب يرجع بنقصانه) لامتناع الرد بسبب  
 الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدون انهم لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست  
 بمبيعة فامتنع أصلا (وليس للبائع أن يأخذها) لان الامتناع لحق الشرع للاحقه (فان باعه المشتري بعد  
 ما رأى العيب يرجع بالنقصان) لان الرد ممتنع أصلا قبله فلا يكون بالمبيع حابسا للمبيع

لان الرد موهوم فلا يصار الى خلفه وهو الرجوع بالنقصان الا عند الاياس من الاصل وعند أبي يوسف  
 يرجع لتحقيق العجز في الحال والرد موهوم (قوله ومن اشترى ثوبا فاقطعه) يعني ولم يحظه (ثم وجد فيه  
 عيبا يرجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع لانه عيب حادث فان قال البائع انا قبله كذلك) أي مقطوعا  
 (كان له ذلك لان الامتناع) أي امتناع رده (لحقه وقد رضی به) أي برده معيبا فالزم المانع (فان باعه  
 المشتري) أي بعد القطع بعد علمه بالعيب وقبله (لم يرجع بشئ لان الرد لم يمتنع) بالقطع (برضا البائع)  
 حين باعه مع عدم امتناع رده مقطوعا (صار حابسا للمبيع) بالمبيع (فان) كان المشتري (قطع الثوب  
 وخاطه أو صبغه أجزأه) كان (المبيع) سويقا فلتسه بيمين ثم اطلع على عيب يرجع بنقصانه لانه امتنع الرد  
 بسبب الزيادة المتصلة وانما امتنع (لانه لا وجه للفسخ في الاصل) أعني الثوب بدونها كالصبغ مثلا  
 وانخاططة والسمن لانه لا ينفك عنه ولا الى الفسخ معها (لان الزيادة ليست بمبيعة) والفسخ لا يرد على  
 غير المبيع لانه رفع ما كان من البيع فيبقى ما كان من المبيع والثن على ما كان فلو رده على الزيادة لم  
 الربا فان الزيادة حينئذ تكون فضلا مستحقا في عقد المعاوضة بلا مقابل وهو معنى الربا أو شبهته ولشبهة  
 الربا حكم الربا فلا يجوز (فامتنع أصلا وليس للبائع أن يأخذها) وان رضی المشتري بترك الزيادة (لان  
 الامتناع) لم يتحضر لحقه بل لحقه وحق الشرع بسبب ما ذكرنا من لزوم الربا ورضاه باسقاط حقه  
 لا يتعدى الى حق الشرع بالاسقاط واذا امتنع الرد بالفسخ (فلو باعه المشتري يرجع بالنقصان لان الرد)

البائع فان المشتري يصير  
 بالمبيع حابسا للمبيع ولا  
 رجوع بالنقصان اذ ذلك  
 لا مكان رد المبيع وأخذ  
 الثمن لولا البيع ولو قطع الثوب  
 وخاطه أو صبغه أجزأه  
 السويق بيمين ثم اطلع على  
 عيب يرجع بنقصان العيب  
 لان الرد قد امتنع بسبب  
 الزيادة لان الفسخ اما أن يرد  
 على الاصل بدون الزيادة  
 أو عليه معها ولا سبيل الى  
 شئ من ذلك أما الاول  
 فلا ينفك عنه واما  
 الثاني فلان الزيادة ليست  
 بمبيعة والفسخ لا يرد الا على  
 محل العقد والامتناع بسبب  
 الزيادة في حق الشرع  
 لكونه ربا فليس للبائع أن  
 يقول انا آخذها فتعين  
 الرجوع بالعيب مدفعا  
 للضرر ولا يشكل بالزيادة

المتصلة المتولدة من البيع كالسمن والجمال فانها لا تمتنع الرد بالعيب لان فسخ العقد في الزيادة يمكن تبعا للاصل لان الزيادة لما  
 دنا تحضت تبعا للاصل باعتبار ان تولد بخلاف الصنع وانخاططة واعلم ان الزيادة اما متصلة أو منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع  
 أو غير متولدة فالمتصلة المتولدة من المبيع كالجمال والحسن لا تمتنع الرد في ظاهر الرواية وغير المتولدة كالصبغ وانخاططة تمتنع عنه بالاتفاق  
 والمنفصلة المتولدة كالزبد والتمر تمتنع منه لما مر من التعليل وغير المتولدة كالسمن لا تمتنع لكن طرأ على ذلك أن يفسخ العقد في الاصل  
 دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري بحاجتها بخلاف الولد والفرق بينهما أن السمن ليس بمبيع بحال لانه لا تولد من المنافع والمنافع غير الاعيان  
 ولهذا كانت منافع الحر مالا وان لم يكن الحر مالا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز أن تسلم له بحاجتها اليه من الربا  
 فان باع المشتري الثوب المحيط أو الثوب المصبوغ بالحرمة أو السويق الملتوث بالسمن بعد ما رأى العيب يرجع بالنقصان لان الرد كان  
 ممتنعاً قبل البيع فلا يكون المشتري بالمبيع حابسا للمبيع ولو كان البيع قبل انخاططة كان حابسا للاصل في ذلك ان كل موضع يكون  
 المبيع قائما فيه على ملك المشتري ويكفيه الرد برضا البائع فان أخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب وكل موضع يكون المبيع قائما



وعن هذا قلنا إن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التملك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم اليه (قال ومن اشترى عبدا فاعاقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجعه بنقصانه)

لما امتنع لم يكن المشتري يبيعه حابسا له عن البائع (وعن هذا) الاصل وهو ان الرد اذا كان ممكنا فأخرجته عن ملكه لا يرجع بالنقصان لانه حابس وان كان مع عدم امكانه يرجع لانه غير حابس (قلنا) إن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان التملك من الابن الصغير حصل بمجرد القطع للغرض المذكور قبل الخياطة مسلما اليه وهو نائبه في التسليم فصار به حابسا للمبيع مع امكان الرد والخياطة بعد ذلك وجودها وعدمها سواء فلا يرجع بالنقصان (ولو كان الولد كبيرا) والباقي بحاله (رجع) بالنقصان لانه لم يصير مسلما اليه الا بعد الخياطة فكانت الخياطة على ملكه وكان امتناع الرد بسبب الزيادة التي هي الخياطة قبل اخرجته عن ملكه فبعد ذلك لا يتفاوت الحال بين أن يخرج منه عن ملكه بالمبيع أو الهبة أولا في جواز الرجوع بالنقصان وهو معنى ما في الفوائد الظهيرية من أن الاصل في جنس هذه المسائل أن كل موضع يكون المبيع قائما على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع فأخرجته عن ملكه لا يرجع بالنقصان وكل موضع يكون المبيع قائما على ملكه لا يمكنه الرد وان رضى البائع فأخرجته عن ملكه يرجع بالنقصان انتهى وهذا أصل آخر في الزيادة اللاحقة بالمبيع الزيادة متصلة ومنفصلة وكل منهما ضربان فالمتصلة غير متولدة من المبيع كالصبيغ والخياطة واللث بالسمن والغرس والبناء وهي تمنع الرد بالعيب بالاتفاق خلافا للشافعي وأحمد ولو قال البائع انا أقبله كذلك ورضي المشتري لا يجوز لما ذكرنا من حق الشرع للربا ومن المتصلة غير المتولدة ما لو كان حنطة فطحنها أو لحافا شواء أو دقيقا فخبزها فلو باعه بعد ذلك يرجع بالنقصان لانه ليس بحابس للمبيع بل امتنع قبل البيع لحق الشرع وفي كون الطحن والشئ من الزيادة المتصلة تأمل والمتولدة من الاصل كالسمن والجمال والنجلاء بياض العين لا يمتنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية لان الزيادة تمتصت به الاصل بتولد هامنه مع عدم انفصالها فكان الفسخ لم يرد على زيادة أصلا والمنفصلة المتولدة منه كالولد والبن والثمر في بيع الشجر والارث والعقر وهي تمنع الرد لعدم الفسخ عليها لان العقد لم يرد عليها ولا يمكن التبعية لانه انفصال فيكون المشتري بالخيار قبل القبض ان شاء ردهما جميعا وان شاء رضى بهما جميعا مع الثمن وأما بعد القبض فبإدخال المبيع خاصة لكن بحصة منه من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمته وقت العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض فاذا كانت قيمته ألفا وقيمة الزيادة مائة والثمن ألف سقط عشر الثمن ان رده وأخذ تسعمائة وغير متولدة منه كالنكسب وهي لا تمنع بحال بل يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة ويسلم له النكسب الذي هو الزيادة وهو قول أحمد والشافعي رحمهما الله وفيه الحديث الذي ذكرناه أول الباب الذي فيه قول البائع انه استغل غلامي فقال صلى الله عليه وسلم اخرج بالضمين وجعل الشافعي وأحمد حكم المنفصلة المتولدة في حكم النكسب لا يمكن الفسخ على الاصل بدونها والزيادة للمشتري ونحن نفرق بين النكسب الذي تولد من المنافع وهي غير الايمان ولذا كانت منافع الحر ما لا مع ان الحر ليس بمال والعبد المكسوب للمكاتب ليس مكاتباً والولد تولد من نفس المبيع فيكون له حكمه فلا يجوز أن يسلم له مجانا لما فيه من شبهة الربا ولو هلكت الزيادة بأفة سماوية ثبت له الرد كأنها لم تكن وبه قال الشافعي قبل الحكم بالارث وانما قيد المصنف بقوله أحررتكون زيادة بالاتفاق فان السواد عنده نقض كما سئل علم فهو كالمقطع وانقص المبيع في يد المشتري يمنع الرد بأي سبب كان بالاتفاق (قوله ومن اشترى عبدا فاعاقه) المشتري (أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجعه بالنقصان

كان حابسا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب ومتى لم يكن حابسا يرجع قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان لان التملك حصل قبل الخياطة لانه لما قطعه لباسا له كان واهباً له وقابضاً لاجله فتمت الهبة بنفس الايجاب وقامت يده مقام يد الصغير فالقطع عيب حادث والمشتري الرجوع بالنقصان وللبائع أن يقول أنا أقبله كذلك لكن باعتبار ان القطع للولد الصغير وهو تملك له صار حابسا للمبيع فيمتنع الرجوع بالعيب وهذه نظير ما اذا باع بعد القطع قبل الخياطة وعلى هذا ذكر الخياطة في هذه المسئلة ليس بحاجة اليه الا أنه ذكرها مقابلة الصورة الثانية (ولو كان الولد كبيرا رجعه بنقصان العيب) لان القطع عيب حادث فللمشتري الرجوع بالعيب وبالخياطة امتنع الرجوع حقا للشرع بسبب الزيادة فبالتملك والتسليم بعد ذلك لا يكون حابسا للمبيع لامتناع الرد قبله وهذه نظير ما اذا باعه بعد الخياطة والصبيغ واللث (قال ومن اشترى عبدا

أما الموت فلا أن الملك ينتهي به) أي يتم وكل ما انتهى فقد لزم لامتناع الرد حيث ذويه اضطرر للمشتري بما ليس بفعله وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعا للضرر فإن قيل قوله (والامتناع حكى لا بفعله) يدل على أن الامتناع إذا كان بنفسه لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما إذا صبح الثوب أجسرفانه امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب أجيب بأن امتناع الرد هناك بسبب وجود الزيادة في المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربا ورد بأنه حينئذ يجب أن يقول والامتناع حكى لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة والحق أن يقال في الجواب عدم الرد في الصبح بما حصل من فعله من وجود الزيادة في المبيع لا بفعله وأما الاعتاق فالتقاسم فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع لأنه لما اكتسب بسبب تعذر الرد كان حائسا حكما فكأنه في يده بحسبه ويريد الرجوع فصار كالقتل وفي (١٦٣)

وأما الموت فلا أن الملك ينتهي به والامتناع حكى لا بفعله وأما الاعتاق فالتقاسم فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لأن العتق إنهاء الملك لأن الأدي ما خلق في الأصل محلا للملك وانما ثبت الملك فيه موقتا إلى الاعتاق فكان إنهاء فصار كالموت وهذا لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاء بمنزلة لأنه تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكيم (وان أعنتقه على مال لم يرجع بشيء) لأنه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يرجع لأنه إنهاء الملك وإن كان بعوض (فإن قتل المشتري العبد

وانما ثبت الملك فيه موقتا إلى وقت الاعتاق والموت إلى وقت ينتهي بانتهائه فكان الاعتاق إنهاء كالموت (قوله وهذا) أي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر فصار حائسا ألا ترى أن الولاء ثبت بالعتق والولاء أثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء أصل الملك (والتدبير والاستيلاء بمنزلة الاعتاق) لأن النقل إلى ملك البائع تعذر بالرد بالأمر الحكيم مع بقاء المحل والمالك فإن قيل كيف يكونان كالاعتاق وهو منه دونهما فالجواب أن الانتهاء يحتاج إليه لتقرير الملك يجعل ما لم يكن كأنما وههنا الملك متقرر فلا حاجة إليه (وان أعنتقه على مال) أو كاتبه (لم يرجع بشيء)

أما الموت فلا أن الملك ينتهي به) والشيء بانتهائه يتقرر فكان الملك قائما والرد متعذر وقد اطلع على عيب وذلك موجب للرجوع إذا امتنع الرد انما يكون مانعا إذا كان عن فعل المشتري أما إذا ثبت حكما لشيء فلا وههنا ثبت حكما للموت فلا يمنع الرجوع بالنقصان واستشكل عليه ما إذا صبح الثوب أجر واخواته فانه يرجع بالنقصان مع أن الامتناع بفعله وأجيب بأن امتناع الرد في ذلك انما هو بسبب الزيادة التي حصلت في المبيع حقا للشرع لا لزوم شبهة الربا قيل فكان ينبغي للصنف أن يزيد فيقول لا بفعله الذي لا يوجب زيادة (وأما العتق فالتقاسم فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع) وهو قول الشافعي وأحمد (لأن العتق إنهاء الملك لأن الأدي ما خلق في الأصل للملك وانما ثبت الملك فيه) عن سببه (موقتا إلى الاعتاق) فيثبت (أنه إنهاء فصار كالموت وهذا) وهو الرجوع بالموت وما في معناه بسبب أنه إنهاء (لأن الشيء بانتهائه يتقرر) إلى آخر ما قررناه وقوله (والتدبير والاستيلاء بمنزلة الاعتاق) أي بمنزلة الاعتاق وإن لم يزيل الملك كما يزيله الاعتاق (لأنه يتعذر) معهما (النقل) من ملك إلى ملك وبذلك يتعذر الرد وقوله (مع بقاء المحل) احتراز عن الموت والاعتاق وقوله (بالأمر الحكيم) أي بحكم الشرع لا بفعله المشتري كالقتل (فإن أعنتقه على مال) ثم اطلع على عيب (لم يرجع بشيء) وكذا لو كاتبه لأن المشتري حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل (وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه) أي المعتق على مال (يرجع) بالنقصان وهو قول أبي يوسف وبه قال الشافعي وأحمد (لأن العتق) سواء كان بمال أو بلا مال هو (إنهاء الملك) أعني الرق وبهذا ثبت به الولاء في الوجهين وإذا كان إنهاء كان كالموت وكونه بمال أو بغيره طردوا الوجه ما تقدم من كونه حائسا له بحسب بدله (قوله فإن قتل المشتري العبد) أي لم يمت عنده حتف أنه

لأنه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن أبي حنيفة أنه يرجع لأن الاعتاق إنهاء الملك وإن كان بعوض (أو لأن المال فيه ليس بأمر أعني بل من العوارض ولهذا ثبت الولاء به وإن قتل المشتري العبد

(قوله فإن قيل قوله والامتناع حكى إلى قوله لا يرجع بالنقصان) أقول إن أراد دلالة هذه العبارة على كون الامتناع بفعله سببا مستقلا لعدم الرجوع فهو ممنوع وإن أراد دلالة على سببية في الجملة ولو بانضمام شرط أو رفع مانع فسلم ولا يرد النقض والرد الذي أوردته على جوابه ولك أن تقول الباع فيه للاستيلاء ولا يلزم الاطراد فتأمل وأنت خير بأنه لو أراد رد النقض على قوله لأن الامتناع بفعله لكان أظهر أن لا يرد حيث ذمما أوردناه وأطعن أن يقال في الجواب عدم الرد أقول أنت خير بأن عبارة الجواب السابق لا تأتي عن الجمل على هذا المعنى (قوله فصار حائسا) أقول فيه بحث لعدم مناسبة المقام (قوله فالجواب أن الانتهاء يحتاج إلخ) أقول فيه بحث فإن مراد المائل كيف يكونان كالاعتاق ولا يجري فيهما وجه الاستحسان فيسقيان على القياس فتأمل

المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف انه (١٣٩) يرجع وذكر في الينابيع قول محمد بن عبد الله

قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم ذنبه وبقيده لا كقصاص والدية فصار كالموت عرض على فراشه وقد تقدم حكم وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمون منه في المبيع فأنشبه المبيع والقتل ولا يعتبر بكونه مقصودا لا يرى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع فان كل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الطعام كشيء واحد فصار كببيع البعض

أو كان طعاما فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة رحمه الله أما القتل فالذ كور ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم ذنبه وبقيده لا كقصاص والدية فصار كالموت عرض على فراشه وقد تقدم حكم وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمون منه في المبيع فأنشبه المبيع والقتل ولا يعتبر بكونه مقصودا لا يرى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع فان كل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الطعام كشيء واحد فصار كببيع البعض

(أو كان) المبيع (طعاما فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة رضي الله عنه أما القتل فالذ كور) من عدم الرجوع فيه (ظاهر الرواية) عن أصحابنا (وعن أبي يوسف انه يرجع) وذكر صاحب الينابيع ان محمد امعه وهو قول الشافعي وأحمد (لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم ذنبه وبقيده لا كقصاص والدية فصار كالموت عرض على فراشه وقد تقدم حكم وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمون منه في المبيع فأنشبه المبيع والقتل ولا يعتبر بكونه مقصودا لا يرى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع فان كل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الطعام كشيء واحد فصار كببيع البعض

في قتل عبده انما هو باعتبار الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضا بخلاف الاعتاق فإنه ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقا لعدم نفوذه ومن أحد الشرىكين اذا كان معسرا فقد تخلف عن الضمان فلم يصربه مستقضيا فيمنع الرجوع واذا كان المبيع طعاما فأكله أو ثوبه فأنشبه حتى تخرق لا يرجع عند أبي حنيفة استحسانا وعندهما يرجع لأنه فعل بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه (ولا يعتبر بكونه مقصودا) لا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وجعل المصنف قول أبي حنيفة استحسانا مع تأخير جوابه عن دليلهم ما يفيد مخالفتهم في كون الفتوى على قولهما وأورد عليه القطع والخياطة فانهما موجبان للضمان في ملك الغير مع انه يرجع بالنقصان فيهما أوجب بأن امتناع الرد فيه مالحق الشرع لافعله ولا كذلك هنا فانه امتنع لفعله لاحق الشرع وهذا يتم في الخياطة للزيادة أما في مجرد القطع فلا يتم ولذا الوقف له البائع متطوعا كان له ذلك بخلافه مخيطا ومصبوغا بغير السواد (قوله ولو كل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عنده) يعني لا يرد ما بقي ولا يرجع بالنقصان فيما أكل (لأن الطعام كشيء واحد) حتى كان رؤيته بعضه كروية كله يسقط الخيار (فصار كالموابع بعضه) ثم اطلع على عيب فأنه يبطل حقه في الرجوع من غير قول زفر فأنه قال يرجع بنقصان العيب في الباقي لأن يرى البائع أن يأخذ الباقي بمحضه من الثمن وعنه ما رواه ابن رواحة أنه يرجع بنقصان العيب في الكل فلا يرد الباقي

ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق وان أكل بعضه ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة لأن الطعام كشيء واحد فصار كببيع البعض

قال المصنف (ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد) أقول ولقائل أن يقول المتعق يستفيد باعتاق الولاء فلم يجعل مستقضيا

وعنه أبي يوسف ومحمد بن حنبل ما اتفقوا عليه في رواية يرجع بنقصان العيب في الكل لأن الطعام في حكم شيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب  
وأكل الكل عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فأكل البعض أولى وفي رواية يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعض فهو قادر على الرد في البعض كما  
قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما أكله وفي بيع البعض عنهم ما رواه إسماعيل بن عمار في أحد أشماله يرجع شيء كما هو قول أبي حنيفة وهو المذکور  
منه لأن الطعام شيء واحد فيبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الأخرى يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعض ولكن لا يرجع بنقصان العيب  
فيما باع اعتباراً بالبيع بالكل قال (ومن اشترى بيضا أو بطيخاً) إذا اشترى بيضا أو بطيخاً (أو قثاء أو جوزاً) أو شيئاً من الفواكه (فكسره)  
غير عالم بعيبه (فوجب الكل فاسداً) (١٦٤) بأن كان منتقياً أو حراً أو خالاً بحيث لا يصلح لأكل الناس ولا لعلاف الدواب

وعندهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل وعندهما أنه يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعض (قال ومن  
اشترى بيضا أو بطيخاً أو قثاء أو خياراً أو جوزاً فكسره فوجده فاسداً فإن لم ينتفع به يرجع بالثمن كله)  
لأنه ليس بمال فكان البيع باطلاً ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لأن ماله باعته باعتباره  
(وإن كان ينتفع به مع فساد لم يرد) لأن الكسر عيب حادث (و) لكنه (يرجع بنقصان العيب) دفعاً  
للضرر بقدر الامكان

ورواية يرد ما بقي لأن الطعام لا يضره التبعض فكان قادر على الرد كما أخذه ويرجع بنقصان فيما  
أكل هكذا ذكر المصنف وهو نقل القسودري في كتاب التقريب وفي شرح الطحاوي أن الأول قول أبي  
يوسف قال يرجع بالنقصان في الكل إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقي بخصته من الثمن وإن الثاني  
قول محمد قال وكان الفقيه أبو جعفر يفتي بقول محمد وهو اختيار الفقيه أبي الليث وفي شرح الجمع قال  
أبو يوسف يرد ما بقي إن رضى البائع لأن استحقاق الرد في الكل دون البعض فيتوقف على رضاه وقال  
محمد يرد ما بقي وإن لم يرض لما ذكرنا أن التبعض لا يضره وفيما لو باع البعض عنهم ما رواه إسماعيل بن عمار في رواية  
لا يرجع شيء كما هو قول أبي حنيفة لأن الطعام كشيء واحد فيبيع البعض كبيع الكل وفي رواية يرد  
ما بقي لأنه لا يضره التبعض ولكن لا يرجع بالنقصان فيما باع وفي المجتبى عن جع البخاري أكل بعضه  
يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي وبه يفتي ولوأطعمه ابنه الكبير أو الصغير أو امرأته أو مكناسه أو ضيفه  
لا يرجع شيء ولوأطعمه عبده أو مديراً أو أم ولد يرجع لأن ملكه باق ولواشترى دققة فخر بعضه وظهر  
أنه مرد ما بقي ويرجع بنقصان ما خبز هو المختار ولو كان سمناً أثبافاً كله ثم أقر البائع أنه كان وقعت  
فيه فارة يرجع بالنقصان عندهما وبه يفتي وفي الكفاية كل تصرف يسقط خيار العيب إذا وجدته  
في ملكه بعد العلم بالعيب فلا رد ولا أضرار لأنه كالرضائه (قوله ومن اشترى بيضا أو بطيخاً أو قثاء  
أو خياراً أو جوزاً) أو قثاء أو قثاء (فكسره) غير عالم بالعيب (فوجده فاسداً فإن لم ينتفع به) كالقرع  
المرو البيض المذر (يرجع بالثمن كله لأنه ليس بمال فكان البيع باطلاً) بخلاف ما لو كسره عالمنا  
بالعيب لا يرد (ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره) بأن كان في موضع يعز فيه الحطب وهو مما اشترى  
للقود (على ما قيل) من أنه إذا كان كذلك يرجع بخصه اللب ويصح العقد في قشره بخصته من  
الثمن لأن العقد فيه ضادف محله (لأن ماله الجوز) قبل الكسر ليس إلا (باعتبار اللب) وإذا كان  
اللب لا يصلح له لم يكن محل البيع موجوداً فيظهر أن العقد وقع باطلاً واختاره المصنف وأشار إليه الإمام  
السرخسي (وإن كان ينتفع به مع فساد) بأن يأكله الفقراء أو يصنع للعاف يرجع بخصه العيب  
لأن الكسر عيب حادث عند المشتري (فيمتنع الرد فيرجع بالنقصان إلا أن يتناول شيئاً منه بعد العلم

ولم يتناول منه شيئاً بعد  
ماذا منه (فإن يرجع بالثمن  
كله) لأنه ثبت بالفساد أنه  
ليس بمال إذا لمال ما ينتفع  
به إلا ما في السائل وما في المال  
والمذکور ليس كذلك  
وقد ظن من القيود باضدادها  
فإنه إذا كسره عالمنا بعيبه  
صار راضياً وإذا صلح لأكل  
بعض الناس أو الدواب أو  
وجده قليل اللب كان من  
العيوب لا من الفساد وإن  
تناول منه شيئاً بعد ما ذاقه  
صار راضياً وإذا لم يكن مالا  
لا يكون محلاً للبيع فيكون  
باطلاً فإن قيل التعليل صحيح  
في البيض لأن قشره لا قيمة  
له وأما الجوز فربما يكون  
لقشره قيمة في موضع يستعمل  
استعمال الحطب لعزته  
فيجوز أن يكون العقد صحيحاً  
في القشر بخصته لمصادفته  
المحل ويرجع على البائع  
بخصه اللب كما ذهب إليه  
بعض مشايخنا أجاب  
المصنف بقوله ولا يعتبر في  
الجوز صلاح قشره على

ما قيل لأن ماله الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر وإذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع  
فيقع باطلاً فيرد القشر ويرجع بكل الثمن وعلى هذا إذا كان المبيع بيض النعامة فوجدها بالكسر مذرة ذكر بعض المشايخ أنه  
يرجع بنقصان العيب وهذا الفصل يجب أن يكون بلا خلاف لأن ماله بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعاً وإذا  
كان مما ينتفع به في الجلة لم يرد منه عيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب دفعاً للضرر بقدر الامكان من الجانبين

(قوله وإن تناول منه شيئاً بعد ما ذاقه صار راضياً الخ) أقول فيه بحث فإنه إذا لم يكن مالا وكان بيعه باطلاً لا يفيد رضاه صحة البيع  
كما لو رضى بشراء الميتة والدم حيث لا يصح البيع الشرع رضاه فالتقييد بما لا يستلزم الرضا ضائع بل محل البحث على المتأمل

وقال الشافعي رحمه الله يرده لأن الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لافي ملكه فصار كما اذا كان ثوبا بقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يتجاوز عن قليل فاسد والقبيل ما لا يتجاوز عنه الجوز عادة كالواحد والاثني في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد (قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رده عليه بعيب فان قبل بقضائه القاضي باقرار أو بينة أو باعائين له أن يرده على بائعه) لانه قسح من الاصل فجعل

فلا يرجع بشئ ولذا قال الحلواني هذا اذا اذقه فوجده كذلك فتركه فان تناول شيئا منه بعد ما اذقه لا يرجع بشئ وأما اذا اشترى بيض نعامة فوجدها مذرة ذكر بعض المشايخ في شرح الجامع أنه يرجع بنقصان العيب وهذا يجب أن يكون بلا خلاف لان مائة بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا وقول المصنف (وقال الشافعي يرده) يعني اذا وجده بعد الكسر بحيث يتفقد به اطلاقه وفي شرح الاقطع قيده بما اذا كان الكسر مقدارا لا يعلم العيب الا به فله الرد في الصحيح من قوله انتهى وليس هذا التفصيل عندنا ولا في قول آخر للشافعي ثم وجه قول الشافعي على ما في الكتاب ان هذا الكسر بتسليط البائع فكأنه كسره بنفسه (قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لافي ملكه فصار كما اذا كان) المبيع (ثم بافقطعه) المشتري ثم اطلع على عيب فانه لا يرده مع انه سلطه على قطعه بالمبيع فعرف بالايجاع على انه لا يرده وفي مسألة القطع ان تسليطه هذا هو التسليط المعبر هو ما لو سلطه ان يكسره وهو في ملكه أي ملك البائع بأن امره بكسره فذلك هو التسليط المانع من الضمان على الكاسر وأما البيع فتسليط للمشتري على أن يكسره في ملك نفسه ولا أثر له في نفي ولا اثبات (ولو وجد البعض فاسدا فان كان قليلا جاز البيع استحسانا لان كثيرا) من الجوز والبيض (لا يتجاوز عن قليل فاسد) فكان كقليل التراب في الخنطة والشعر فلا يرجع بشئ أصلا وفي القياس يفسد وهو ظاهر (وان كان كثيرا لا يجوز البيع ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد) في صفقة واحدة ولا نص في المسئلة ولكن فيه ضرورة ظاهرة وقال المصنف في القليل انه كالواحد والمثني وفي النهاية أراد بالكثر ما وراء الثلاثة لانه لا يزداد على النصف وجعل القيمة أو الباقية الخمسة والسبعة في المائة من الجوز معقوا قال لان مثل ذلك قد يوجد في الجوز فصار كالشاهد يعني عند البيع ولو اشترى عشر جوزات فوجد خمسة خاوية اختلفوا فيه قيل يجوز العقد في الخمسة التي فيها الب نصف الثمن بالايجاع وقيل يفسد في الكل بالايجاع لان الثمن لم يفصل وقيل العقد فاسد في الكل عند أبي حنيفة لانه يصير كالجمع بين الحى والميت في البيع وعندهما يصح في الخمسة التي فيها الب نصف الثمن وهو الاصح لان هذا يعني الثمن المفصل عندهما فان الثمن ينقسم على الاجزاء على القيمة (قوله ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رده عليه بعيب فان قبل بقضائه القاضي (د) سبب (اقراره) بالعيب انه كان عنده ووجد عند المشتري منه وهو المشتري الآخر (أو بينة) على ذلك لانكاره العيب أو بسبب نكوله عن اليقين على العيب (فله ان يرده على بائعه) الاول يعني له أن يخاصم الاول ويفعل ما يجب معه الى أن يرده عليه وقيده في المبسوط بما اذا ادعى المشتري الثاني العيب عند البائع الاول اما اذا أقام البينة أن العيب كان عند المشتري الاول لم يذكره في الجامع وانما ذكره في اقرار الاصل فقال ليس للمشتري الاول أن يخاصم مع بائعه بالايجاع لان المشتري الاول لم يصير مكذبا فيما أقر به ولم يوجد له ما أقربه في اقراره بكونه الجارية سليمة فلا يثبت له ولاية الرد هذا وانما يرده على ذلك التقدير لان الرد بهذا الطريق (فسيح من الاصل) يعني من كل وجه (فجعل

المشتري لافي ملك البائع لانه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط الا في ملك المشتري وذلك هو عدم ولايته عليه فصار كما اذا باع ثوبا بقطعه ثم وجده معيبا فانه يرجع بالنقصان بالايجاع وان حصل التسليط منه لكونه هدر او ولو وجد البعض فاسدا فالفساد اما أن يكون قليلا كاثني في المائة أو كثيرا كما فوقه ففي الاول جاز البيع استحسانا وليس له أن يخاصم البائع لاجله لانه عند الاقدام على العقد الظاهر من حاله الرضا بالمعتاد والجوز في العادة لا يتجاوز عن هذا وفي الثاني لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحر والعبد قال (ومن باع عبدا فباعه المشتري) ومن باع عبدا فباعه المشتري (ثم رده عليه بعيب (ف) اما ان قبل بقضائه القاضي) أو بغیره قضائه فان كان الاول فالأول أن يكون باقراره ومعنى القضاء في هذه الصورة ان الخصم ادعى على المشتري الاقرار بالعيب والمشتري أنكر ذلك فأثبت الخصم بالبينة وانما احتج الى هذا التأويل لانه اذا لم ينكر اقراره لا يكون الرد محتاجا الى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب (لانه فسيح من الاصل فجعل

وحينئذ ليس له أن يرده على بائعه لانه اقاله وأما أن يكون (بينة أو باعائين) وفي كل ذلك له أن يرده على بائعه (قوله لانه اقاله الخ) أقول لعل المراد لانه كالاقالة



البيع كأن لم يكن غاية الأمر أنه أنكر قيام العيب لكنه ما ركذب بأسرها بالقضاء ومعنى القضاء بالقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون رداعلى الموكل لأن البيع هنالك واحد والموجود منه ما يبيح أن ينسحق الثاني والأول لا ينسحق

البيع كأن لم يكن) وقد اطلع على عيب فله أن يختصم فيه إلا ما عمن ذلك وما يحال ما عمنه وهو أن القضاء بالبينة والنسكول قرع انكاره العيب فخصومه البائع الأول فيه يكون مناقضا فلا تنسحق خصومته ولذا قال زفر أنه لا يرد عليه للنسكول المذكور وكذا بالقرار فإن معناه على ما فسره المصنف أن يدعى عليه أنه أقر بالعيب فينكر الإقرار فيشهد عليه بالقرار فإن إقراره غير مقطوع به بخلاف كذب الشهود ووجههم ولهذا الزوال بعد الرد ليس به عيب لا يرد على البائع الأول بالاتفاق أجاب المصنف عنه بقوله (لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء) فأنعدم انكاره العيب هذا بعد تسليم أن انكاره ظاهر في الصدق والافتقار كونه دفع الخصومة فإن كثيرا من الناس بقوله قصار ظاهر يعارض ظاهر الديانة المقتضية لصدقه ثم لو كان ظاهرا في صدقه فقد ثبت كون هذا الظاهر غير واقع لتكذيب الشرع إياه بخلاف قوله لا عيب به بعد الرد لأنه لا مكذب له وقد يقال تكذيب الشرع إياه بأبواب العيب لا يرفع مناقضته وكونه مؤاخذا في حق نفسه برزعه وهي الدافعة لخصومته للبائع الأول وقوله وهذا بخلاف الوكيل متصل بقوله أنه أن يرد له لأن المعنى له أن يختصم فيه بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد ما باعه بطريق الوكالة عليه بعيب بالقضاء بالبينة أو بإدعاء أمين أو بأقرار من المأمور بالعيب كذا اللفظ الجامع حيث يكون رداعلى الموكل من غير حاجة إلى خصومة والرد عليه بالخصومة لأن ذلك عند تعدد البيع حتى يكون البيع الأول قائما بعد انفساخ البيع الثاني فيحتاج إلى الخصومة في الرد وهذا البيع واحد فاذا ارتفع رجوع إلى الموكل من غير تكلف زيادة وقيدته نحر الاسلام بعيب لا يحدث مثله فقال له الرد بالبينة وبإدعاء أمين وبالأقرار في عيب لا يحدث مثله أما في عيب يحدث مثله يرد به بالبينة وبإدعاء أمين ولا يرد به المأمور مع الأقرار لأن إقرار المأمور لا يسمع على الأمر ومعنى اشتراط البينة أو النسكول أو الأقرار والفرض أنه لا يحدث مثله أنه إذا اشبهه على القاضي أن هذا عيب قديم أولا أو علم أنه لا يحدث مثله في مدة شهر ولم يثبت عنده تاريخ البيع فاحتاج المشتري إلى إقامة البينة أو غيرها من الحجج أن تاريخ البيع منذ شهر فيعلم القاضي حينئذ أن العيب كان في يد البائع فيرده عليه أما إذا عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر فلا يحتاج إلى شيء من ذلك فيكون الرد على الوكيل رداعلى الموكل بلا زيادة لخصومه وقد اعترض قول محمد أنه ينسكول الوكيل يلزم الموكل فإن النسكول بذل عنده إقرار عندهما وبذل الإنسان لا يثبت في حق غيره وإقرار الوكيل بالعيب لم يلزم الأمر في عيب يحدث مثله أجيب بأنه ليس حقيقة بل جار مجراه ألا ترى أنه لو ادعى بمال على عبدا ماذون له في التجارة فأنكر ونكل عن اليمين يحكم عليه به مع أن بذله المال لا يجوز إلا في نحو الضيافة النسيئة وكذا عندهما لو نكل عن اليمين في كل حكم كان له أن يعود فيحلف ويسقط المال عن نفسه ولو كان إقرار المملك الرجوع عنه والشئ إذا أجرى مجرى الشئ لا يلزم كونه مجرى مجراه من كل الوجوه وهل حكمه حكم صريح الإقرار عند أبي يوسف لا وعند محمد نعم وتظهر رغبته فيما قال في الدعوى من رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف لو ادعى دارا في يدرجل فأنكر ونكل وقضى القاضي للمدعى بها ثم أقام المدعى عليه البينة أنها اشتراها من المدعى قال يسمع القاضي بينته وترد الدار عليه ولو أقام أنه اشتراها من رجل آخر لا تقبل وقال محمد بن سماعة لا تقبل في الوجهين والنسكول بمنزلة الإقرار وأبو يوسف يقول ليس بصريح الإقرار فيقبل وفي الإيضاح أن رداعلى الوكيل بغير قضاء يلزمه خاصة سواء كان في عيب يحدث مثله أو لا يحدث مثله لأن هذا الفسخ عدة جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما انتهى يعني

البيع الثاني كالمقدم) والبيع الأول قائم فله الشك ومسته والرد بالعيب (قوله غاية الأمر) إشارة إلى جواب زفر عما قال إذا جحد العيب ليس له أن يدعى على البائع الأول أنه يعيبا لكون كذابه مناقضا ووجهه أن غاية الأمر المشتري انكاره قيام العيب لكنه لما صار مكذبا شرعا بقضاء القاضي ارتفعت المناقضة وصار كمن اشتري شيئا وأقر أن البائع باع ذلك نفسه ثم جاء إنسان واستحققه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن (قوله وهذا بخلاف الوكيل) إشارة إلى الجواب عما يقال إذا رد البيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك رداعلى الموكل وفيما نحن فيه الرد على المشتري ليس رداعلى البائع ووجهه أن البيع في صورة الوكيل بيع واحد فرد على الوكيل رداعلى الموكل وفيما نحن فيه يبعان ويرد أحدهما لا يرتد الآخر

قال المصنف (لكنه صار مكذبا شرعا) أقول قال ابن الهمام وقد يقال تكذيب الشرع إياه بأبواب العيب لا يرفع مناقضته وكونه مؤاخذا في حق نفسه برزعه وهي الدافعة لخصومته للبائع الأول اه وفيه بحث

(وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له أن يرد) لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما  
والاول ثالثهما

الفسخ الذي بلا قضاء وقوله (وان قبل) يعني المشتري الاول (بغير قضاء القاضي) بل برضاه (لا يرد)  
على بائعه هذاهو الشق الثاني من ترديد المسئلة وحاصلها ان من اشترى عبدا أو غيره فباعه فرد عليه  
بغير بقضاء باحد الوجوه الثلاثة كان له أن يرد على البائع الاول خلافا لفرق وان قبله بالتراضي ليس له  
أن يرد عليه لان الرد بالتراضي بيع جديد في حق الثالث والبائع الاول ثالثهما كأن المشتري الاول  
اشترى من المشتري الثاني ولو اشترى المشتري الاول من المشتري الثاني لم يكن له أن يرد على الاول فلا  
خصوصية فكذا هذا ولهذا لو كان على المشتري الاول في الدار شفعة فأسقط الشفيع حقه فيما باعه ثم رد  
بغير بالتراضي تجدد للشفيع حق الشفعة كان المشتري الاول اشترى ثانيا ما باع فلا يكون له حق  
الخصوصية في الرد ولا في الرجوع بالنقصان وقال الشافعي يرد اذا قبله بلا قضاء لان الرد بالعيب عنده يرفع  
العقد من أصله نص عليه الشافعي فلم يتفاوت الرد بالقضاء والرضا ونحن بينا الفرق بأنه بالقضاء ففسخ  
وبالرضا بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما فان قيل لما اشترى سبب الفسخ وهو النكول  
أو الاقرار بالعيب يكون راضيا بحكم السبب فلا فرق بين القضاء والرضا في وجوب كونه بيعا في حق ثالث  
أجيب بأن المسئلة فيما أقر بالعيب وأبى القبول فرد عليه القاضي جبر فلا يتحقق فيه معنى البيع لعدم  
الرضا وقد قدمنا ان معنى الاقرار الشهادة عليه به ولانه اذا قبله بغير قضاء فقد رضى بالعيب فلا يرد على  
بائعه واستشكل على هذا الاصل وهو انه فسخ من الاصل مسائل احدها المبيع لو كان عقارا لا يبطل  
حق الشفيع في الشفعة ولو كان الرد بالعيب بالينة فسخا من الاصل بطل حق الشفيع لبطلان البيع  
من الاصل والثانية ما اذا باع أمته المحبلى وسلمها فردت بغير بقضاء ثم ولدت ولدا فدعاها أو البائع  
لأنصح دعوته ولو كان الرد بقضاء فسخا من الاصل صححت كالأول لم يبعها الابن فدعاها الاب والثالثة ما لو أقال  
غيره بالثمن على المشتري ثم رد المشتري بغير بقضاء لا يبطل الحوالة ولو كان فسخا من الاصل بطلت  
أجيب ببيان المراد وهو أن محمدا ذكر في مواضع أن بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك  
الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى ألا ترى أن من وهب مال الزكاة الى رجل قبل الحول وسلمه اليه ثم رجع  
في هبته بعد الحول فإنه لا يجب على الواهب زكاة باعتبار ما مضى ولا يجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك  
الواهب في حق زكاة ما مضى من الحول وكذا الرجل اذا وهب دارا لاخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنبها  
ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب وجعل  
كأن الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له أن يأخذها بالشفعة واذا عرف هذا الاصل خرجت المسائل  
المدكورة عليه أما الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما  
مضى وكذا المسئلة الثانية لان الاب انما تنصح دعوته باعتبار ولايته كانت له زمان العلوق وهو معنى سابق  
على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيما قبل يبق ما كان من عدم ولايته هذه الدعوة وكذا المسئلة  
الثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد في ابطالها ولأن صحته لا تستدعي عندنا  
على المحال عليه ولهذا قال شيخ الاسلام قول القائل الرد بقضاء فسخ وجعل العقد كأن لم يكن متناقض  
لان العقد اذا جعل كأن لم يكن جعل الفسخ كأن لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم  
العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل واذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه لكن  
يقال العقد كان لم يكن على التفسير الذي قلنا وفي بعض المواضع قيده بعضهم بما اذا كان المبيع من غير  
النقود أو ما من اقال وذلك المسئلة نقلها في المحيط من المنتقى أن من اشترى دينارا بدينارهم ثم باع الدينار من  
آخر ثم وجد المشتري الاخر بالدينار عيما ورده على المشتري بغير قضاء فإنه يرد على بائعه وذلك المعنى وهو

وان كان الثاني فليس له أن  
يرده لانه اقاله وهي بيع جديد  
في حق ثالث والبائع الاول  
ثالثهما هذا اذا رد المشتري  
الثاني على الاول بعد  
القبض وأما اذا كان قبل  
القبض فلا فرق بين ما اذا  
كان الرد بقضاء أو بغيره  
لان الرد قبل القبض بالعيب  
فسخ من الاصل في حق  
الكل فصار كالتبختيار  
الشرط أو بخيار الرؤية

(قوله وان كان الثاني فليس  
له أن يرد) أقول معطوف  
على ما تقدم في هذا القول  
وهو قوله فان كان الاول  
فاما أن يكون باقرار

ودون حيزه كروضع الجامع الصغير ليتبين أن الجواب في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة أو الناقصة وفي عيب يحدث مثله كالقروح والأمراض سواء كان قد تبين أنهم أن العيب إذا كان في المحدث وقد رده بغيره فإنه أن رده على بائعه لتيقنه بوجوده في البائع وهو الذي ذكر في بعض روایات

(وفي الجامع الصغير وإن رده عليه وإثره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخصم الذي باعه) وهم الذين أن الجواب فيه لا يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء في بعض روایات البيوع إن كان فيما لا يحدث مثله يرجع بالتقصان لتيقن بقيام العيب عند البائع الأول (قال ومن اشترى عبدا فقبضه فأدعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة

فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيره عساهو البائع الأول فإنه يعود المالك المستفاد من جهة البائع الأول أيضا منه (قال ومن اشترى عبدا فقبضه فأدعى عيبا يفسد على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة) فإن حلف البائع دفع اليه الثمن وإن أنام المشتري البينة فهو أن شاء يدفع الثمن أو المبيع واستشكل هذه العبارة لأنه جعل غاية عدم الاجبار اما بين البائع أو بينة المشتري وذلك بالنسبة الى الاول صحيح لان البينين يتوجه الاجبار بالنسبة الى الثاني ليس بصحيح لان باقامة البينة يستمر عدم الاجبار لا ينتهي به وأجابوا بوجه بأنه من باب علقتهما بتساوما باردا تقديره وسقيتهما باردا وبأن يجعل الكلام متضمنا للفظ عام يندرج تحته الغائبان فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم أي حكم الاجبار أو حكم عدم الاجبار لان كل واحد من الحلف واقامة البينة حكم من الاحكام وهذا مثل قول من قال في قوله علقتهما

ان المبيعين حيث يكونان معدومين لان المبيع ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون العيب ملكا للبائع فاذا رد على المشتري برده بخلاف المبيعين في غير التقود كسئلة الهدايا قائم ماموجودان في ذلك اذا قبل بدون القضاء فقد رضى بالعيب فلا يرد على بائعه واذا من الاطلاق المذكور بالنسبة الى موضوع المسألة غير محتاج الى هذا القيد وقوله (وفي الجامع الصغير) الى آخره اتخاذ كره لان ظاهره يخالف القدروري فإنه لم يقيد المسألة بكون العيب لا يحدث مثله وقيد عا في الجامع حيث قال وان رده عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخصم فقال انما يقيد به ليعلم انه كذلك فيما يحدث مثله بطريق أولى لانه لما لم يتمكن من الرد فيما لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة والناقصة والسن الشاعية فامتناعه فيما يحدث مثله كالمرض والسعال والقروح مع احتمال انه حدث عند المشتري أولى قال المصنف (وفي بعض روایات البيوع) أي بيوع الاصل (ان كان فيما لا يحدث مثله يرجع) يعني على البائع الاول اذا رده بالتراضي (للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول) وقد دفعه لا بغير قضاء وهو رفع الى قاض فعليه لان الردمتين في هذا فكان فعلهما كفعل القاض والمراد لا يحدث مثله مطاقا وفي مدة كونه في ملك المشتري الاول الى رد المشتري الثاني قيل ووجه عامة الروایات ان هذا ردت بالتراضي فكان كالبيع الجديد ولا نسلم انهم ما فعلوا عين ما فعله القاض لان الحكم الاصل في هذا هو المطالبة بالسلامة وانما يصر الى الرد العجز فاذا انقلبه الى الرد لم يصح في حق غيرهما ألا ترى ان الرد اذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول الى غيره فافترقا هذا كله فيما اذا كان الرد بالعيب من المشتري الثاني بعد قبضه أما اذا كان قبل قبضه فللمشتري الاول أن يرد على البائع الاول سواء كان بقضاء أو بغير قضاء كما لو باع المشتري الاول للمشتري الثاني بشرط ان خياره أو بيعا فيه خيار رؤية فانه اذا فسخ المشتري الثاني بحكم الخيار كان للمشتري الاول أن يرد مطلقا وعان أن الفسخ بالخيار ين لا يتوقف على قضاء قال في الايضاح الفقه فيه أن قبل القبض له الامتناع من القبض عند الاطلاع على العيب فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض وولاية الدفع عامة فظهر أثره في حق الكل ولهذا لا يتوقف على القضاء فاما بعد القبض فوجب العقد وقد تناهى الآن حقه في صفة السلامة قائم فاذا لم يسلم له ثبت حق الفسخ فجاء من هذا أن حق الفسخ بالعيب ما ثبت أصلا لان الصفقة تمت بالقبض بل بغيره وهو استدراك حقه في صفة السلامة وانما ظهر أثره في حق الكل لانه ثبت بولاية عامة ولو كان بالتراضي ظهر أثره في حقهما خاصة بخلاف الرد بخيار الرؤية والشرط لانه فسخ في حق الكل لان حقه في الفسخ ثبت أصلا لانه ما يسلبان الزوم في أصل العقد فكان بالفسخ مستوفيا حقه وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ولذا لا يتوقف على القضاء (قوله ومن اشترى عبدا وقبضه فأدعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة)

تبناؤه بمعنى أطعمتهما فانه يستعمل في السقي كما يستعمل في الطعم في معنى الشرب قال تعالى ومن لم يعلمه فانه مني أي ومن لم يشربه (قوله وأجابوا بوجه بأنه من باب علقتهما الخ) أقول هذا الجواب للإمام طه برالدين (قوله وبأن يجعل الكلام متضمنا الخ) أقول هذا الجواب منقول عن العلامة حافظ الملة والدين السكاكي وفيه تأمل (قوله فيقال لم يجبر على دفع الثمن) أقول أي لم يحكم بشي (قوله واقامة البينة حكم من الاحكام) أقول أي بوجه حكم والمضاف محذوف

وإن الانتظار مستلزم لعدم الاجبار وذلك كالألزام وإرادة الملزوم كناية. والحق أن الاستسكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس  
بلازم (قوله لأنه أنكر وجوب دفع الثمن) لتعليل لعدم الاجبار لأن المشتري أنكر وجوب دفع الثمن لأنه أنكر تعين حقه بدعوى العيب  
وانكار تعين الحق انكار علة وجوب دفع الثمن لأن وجوب دفع الثمن أولاً ليس إلا لتعين حق البائع بأداء تعين المبيع حيث أنكر تعين  
حقه في المبيع لأن حقه في السلم قد أنكر علة وجوب دفع الثمن أولاً وفي انكار العلة انكار المثل فانتصب خذماً ولا بد حينئذ من  
خطة وهي امانة أو عين البائع فان قيل في هذا التعليل فساد الرضخ لأن صفة الانكار تقتضي اسناد اليقين اليه لا اقامة البيئة بالحديث  
فالجواب الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدعى يدعى بوجود دفع الثمن أولاً وان كان في الصورة منكر (قوله ولأنه لو قضى بالدفع)  
لدليل آخر يتضمن جواب ما قبل الموجب للجبر وهو البيع مع القبض متحقق وما ادعاه المشتري من العيب موهوم والموهوم لا يعارض  
المتحقق وتقريره ان ما ادعاه المشتري وان كان موهوماً لكن يجب على القاضي (١٦٩) اعتباره وصوناً لقضائه عن النقض

فانه اذا قضى بالدفع فله  
يظهر العيب فينتقض  
القضاء قال (فان قال المشتري  
شهودي بالشام) اذا طالب  
من المشتري اقامة البيئة  
على ما ادعاه فقال شهودي  
بالشام غيب (استخلف البائع)  
فان حلف دفع اليه الثمن  
لان في الانتظار ضرراً بالبائع  
فان قيل في الزام المشتري  
دفع الثمن ضرره أيضاً  
أجاب المصنف بقوله (وليس  
في دفع الثمن كبير ضرره  
لأنه على حجة) يعني هو  
بسميل من اقامة البيئة  
عند حضور شهوده وفيه  
بحث من وجهين الاول  
ما قبل في بقاء المشتري على  
حجته بطلان قضاء القاضي  
وقد تقدم بطلانه والثاني  
ان الانتظار واقامة الحجة  
بعد الدفع مؤقتان بحضور  
الشهود فكيف كان

لأنه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن أولاً تعين حقه بأداء  
تعين المبيع ولأنه لو قضى بالدفع فله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يبقى به صوناً لقضائه (فان  
قال المشتري شهودي بالشام استخلف البائع ودفع الثمن) يعني اذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود  
لأن في الانتظار ضرراً بالبائع وليس في الدفع كثير ضرره لأنه على حجة  
على البائع أن العيب كان عنده وعند غيره مقتضى هذا التركيب أنه اذا أقام هذه البيئة يجبر على دفع  
الثمن وهو فاسد فقد ظهر من الدين الثاني خبراً هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يخالف البائع أو يقيم  
البيئة على البائع أن العيب كان عنده فيستمر عدم الجبر انتهى ولا بد من تقدير آخر مع يخلف لان معناه  
ليس معنى يخالف البائع بل معناه يطلب منه الحلف وليس يلزم من طلب الحلف منه الجبر على دفع الثمن  
بل اذا حلف وهو غير لازم لجواز أن ينسحب فيستمر عدم الجبر لعدم الجبر ثبت مع إحدى صورتي التخلف  
كما ثبت مع اقامة البيئة وقيل بقدر فعل عام يدخل تحتها الغايتان أعنى الحلف واقامة البيئة هكذا لم  
يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم به أو بعده بأن يخلف فيحلف أو يقيم البيئة ومنهم من أول  
لا يجبر ينتظر بدفع الثمن وانما قلنا انه لا يجبر على دفع الثمن اذا طالبه البائع به فادعى هو عيباً (لأنه أنكر  
وجوب الثمن بدعوى العيب فانه به أنكر تعين حقه) لأن حقه في السلم ولم يقبضه فاقبضه ليس موجبا  
دفع الثمن عليه (و) وجوب (دفع الثمن أولاً لتعين حق البائع بأداء تعين) حق المشتري في (المبيع) ولم  
يتعين لأنه السلم وقد أنكره وأورد عليه أن الموجب للجبر قائم والمانع وهو قيام العيب موهوم فلا  
يعارض المتحقق فالجواب منع قيام الموجب لأنه البيع للسليم أو هو مع قبضه وهو يشكره فهو محل  
النزاع وايضا قد ثبت ما ادعاه فيؤدي الى نقض القضاء بدفع الثمن وصيانة القضاء عن النقض ينبغي  
ما أمكن (لأن المشتري قال شهودي بالشام) مثلاً فأمهلني حتى أحضرهم أو أتيتك بكتاب حكى  
من قاضي الشام لا يسمع ذلك بل (يستخلف البائع) ويقضى (بدفع الثمن ان حلف) وان نكل رد  
المبيع وانما قلنا هذا (لان في الانتظار بالبائع كبير اضرار) لان التأخير الى غاية غير معلومة يجرى  
مجري الإبطال خصوصاً بعد قبض مال البائع على وجه المعاوضة وليس في الدفع كبير اضرار بالمشتري  
(لأنه على حجة) اذله أن يقيم البيئة بعد حلقه على العيب ويرد المبيع ويسترد الثمن بخلاف ما لو قال

(٣٣ - فتح القدير خامس)

(قوله والحق أن الاستسكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم) أقول فيه بحث لأن مفهوم الغاية لزومه متفق عليه على  
ما صرح به في التساوي خصوصاً في الروايات وكلام المصنفين (قوله لان المشتري أنكر وجوب دفع الثمن لأنه أنكر تعين حقه) أقول  
ضمير حقه راجع الى المشتري (قوله فالجواب الاعتبار بالمعنى الخ) أقول ولعل الصحيح في الجواب أن يقال ان صفة الانكار انما تقتضي  
اسناد اليقين اليه لو لم يكن انكاره في ضمن دعوى خلاف الظاهر وهما في ضمن ذلك فان الظاهر في المبيع هو السلامة (قوله وان كان في  
الصورة منكر) أقول فيه بحث فانه مدعى صورة ألا يرى انه يدعى وجود العيب وثبوت حق الرد (قوله وان كان موهوماً لكن يجب على  
القاضي الخ) أقول اذا سلم كونه موهوماً فلا يجب على القاضي اعتباره والا فلهما يخلو قضاء عن أمر موهوم فلهما للخضم مدعى إلا أن  
يفرق بين موهوم وموهوم والحق منع تحقق موجب الجبر لأن البيع للسليم أو هو مع قبضه وفيه النزاع كما ذكره ابن الهمام

والجواب عن الاول ان القاضى ههنا قد قضى بآداء الثمن الى حين حضور الشهود ولا مطلقا فلا يلزم البطلان وعن الثانى بأنه فى دعوى غيبة الشهود منهم لجواز أن يكون ذلك مما طاله فلا يسمع قوله فى حق غيره واذا طلب المشتري بين البائع فشكل ألزم العيب لان السكول حجة فى ثبوت العيب قيل هو احتراز عن السكول فى الحدود والقصاص بالاجماع وعن السكول فى الاشياء الستة عند أبى حنيفة قال (ومن اشترى عبدا فادعى اباقا) اذا ادعى المشتري اباق العبد المشتري وكذبه البائع فالقاضى لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فان أقام بينة أنه أبى عنده يسمع دعواه وقال للبائع هل كان عندك هذا العيب فى الحالة التى كانت عند المشتري فان قال نعم رده عليه ان لم يدع الرضا أو البراء وان أنكر وجوده عنده أو ادعى اختلاف الحالة قال القاضى للمشتري ألك بينة فان أقامها عليه رده عليه وان لم يكن له بينة وطلب البين يستخلف أنه لم يأتى عنده وانما يحلف قبل إقامة المشتري البينة لان القول وان كان قول البائع لكونه منكرا لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به فى يد المشتري لان السلامة أصل والعيب عارض ومعرفة انما تكون بالجهة وفيه بحث من وجهين أحدهما أن البينة (١٧٠) انما تقبل من المدعى والمشتري فى هذه الصورة ليس بمدعى بل فيما اذا ادعى

العيب فى يد البائع والثانى أن سلامة الذم عن الدين أصل والشغل به عارض كما أن السلامة عن العيب أصل والعيب عارض فأى فرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا ادعى على آخردينا فأنكر المدعى عليه ذلك فان القاضى يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب وان لم يثبت قيام الدين فى الحال وأجيب عن الاول بأن إقامة هذه البينة من تمة إقامة البينة على أن العيب كان عند البائع لعدم تمكنه من تلك الابهة فكانت من المدعى بهذا الاعتبار وعن الثانى بان قيام الدين فى الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعى الى احياء حقه لانه ربما

أما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه (قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا) يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة أنه أبى عنده) والمراد التحليف على أنه لم يأتى عنده لأن القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به فى يد المشتري ومعرفة بالجهة

شهودى حضور فان الامهال هذا الى المجلس الثانى ولا ضرر فى هذا القدر على البائع فيمهل ولو قال احضر بينى الى ثلاثة أيام أجلها وليس هذا مما يثبت فيه القضاء ظاهر او باطنا عند أبى حنيفة لان ذلك فى العقود والفسوخ ولم يتناكر العقد بل حقيقة الدعوى ههنا دعوى مال على تقدير فاقضاء ههنا يدفع الثمن الى غاية حضور الشهود بالمسقط وهذا صريح فى قبول البينة بعد الحلف ولا خلاف فيه فى مثله أعنى ما اذا قال لى بينة غائبة أو قال ليس لى بينة حاضرة ثم أتى ببينة تقبل وأما اذا قال لا بينة لى خلف خصمه ثم أتى ببينة فى أدب القاضى تقبل فى قول أبى حنيفة وعند محمد لا تقبل ولا يحفظ فى هذا رواية عن أبى يوسف وفى الخلاصة من رواية الحسن عن أبى حنيفة تقبل وفى جمع النسخ فى قبول البينة عن أصحابنا روايتان نعم تحليف البائع فى مسألة الكتاب يخالف ما فى روضة القضاة اذا قال بينى غائبة لم يحلف عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يحلف وكذا لو قال لى بينة حاضرة فى المصر فأخلفه ثم أتى به الا يحلف فى قوله خلاف لا بى يوسف وقوله (أما اذا نكل الزم العيب لانه) يعنى السكول (حجة فيه) أى فى ثبوت العيب وقيد به لأن السكول ليس حجة فى كل شئ انما ليس حجة فى الحدود وانقصاص بالاجماع ولا فى الاشياء الستة عند أبى حنيفة (قوله ومن اشترى عبدا فادعى) المشتري (اباقا) عنده وعند البائع فأراد تحليف البائع على عدم الابق عنده (لا يحلف حتى يقيم المشتري البينة أنه أبى عنده) أى عند المشتري لانه حينئذ يثبت العيب فتصح الخصومة فيه وانما لم ذلك (لان القول وان كان قوله) أى قول البائع لكن لا يعتبر انكاره ولا يتوجه اليه عليه (الابعد) ثبوت قيام المدعى مسببا للرد (ومعرفة) أى معرفة قيام العيب (بالجهة) عند انكاره وههنا فى دعوى فهو الاباق مما يتوقف الردفه على وجود العيب عنده ما أمافى عيب لا يتوقف الردفه على عوده عند المشتري كولاية الجارية وكذا الجنون

لا يكون له بينة أو كانت له بينة لكن لا يقدر على إقامته الموت أو غيبة بخلاف ما نحن فيه لان توسل المشتري الى احياء حقه ممكن لان العيب اذا كان مما يعاين ويشاهد أمكن اثباته بالتعرف عن آثاره وان لم يعرف بالآثار أمكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل واذا ظهر هذا

(قوله قد قضى بآداء الثمن الى حين حضور الشهود لا مطلقا) أقول واذا كان كذلك فلا يلزم البطلان فى الصورة الاولى أيضا لأن يقال التوقيت ههنا ضرورة دفع الضرر والاصل الاطلاق ولا ضرورة هناك (قوله وعن الثانى بأنه فى دعوى غيبة الشهود منهم) أقول ذلك أن نجيب أيضا بأننا لم ننصف الضرر عن المشتري بل قلنا ان ضرر البائع أكثر من ضرره حيث اجتمع البطلان فى يد المشتري دون البائع فليتأمل (قوله لجواز أن يكون ذلك مما طاله) أقول انما ليس له غاية معلومة (قوله هذا العيب فى الحالة التى كانت التى) أقول يعنى فى الكبر أو فى الصغر (قوله وفيه بحث من وجهين الى قوله والثانى أن سلامة الذم الخ) أقول ولنا ان نجيب عن هذا البحث الثانى بأن فى الرد بالعيب لا بد أن يوجد العيب عند البائع ويعود عند المشتري حتى يرد ولا يلزم ثبوت الدين فى الحالتين للقضاء بالابقاء بل يكفيه وجوده فى الحال



فإنما أقام المشتري البينة حلف البائع على البتات بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده قط كذا ذكر في المبسوط وقيل المراد بالكتاب هذه الباطع الصغير وإن شاء حلفه بالله ما له حتى الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عنده قط ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب لأن هذا العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب الرد وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى وبه يتضرر المشتري وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأنه يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً ولو أجاز أن يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعاً ففي وجوده في أحدهما يكون باراً لأن الكل ينتفي باستفاد جزئه وبه يتضرر المشتري وإنما ذل يوهم تعلقه بالشرطين جميعاً إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في عينه ليس بصحيح ولكنه يتوهم لذلك بما ذكر لأن شمس الأئمة ذكر هذه العبارة في التحليف وقال أنهم قالوا النظر للمشتري ينعدم (١٧١) إذا استخلف به هذه الصفة وذكر

الوجه المذكور ثم قال والأصح عندى الأول لأن البائع ينفي العيب عند البيع والتسليم فلا يكون باراً في عينه إذا لم يكن العيب منتقياً في الحالين جميعاً وعلى هذا فلقائل أن يقول في عبارة المصنف تسامح لأنه قال (أما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب) وعمله (بأنه يوهم تعلقه بالشرطين فيما نأوله وقالوا انما قال يوهم لأن ذلك التأويل ليس بصحيح فإذا لم يكن التأويل صحيحاً كان التحليف به جائزاً وهو يناقض قوله لا يحلفه إلا إذا جمل النفي على الوجه الاحوط فيستقيم فإن قيل الأباقي فعل الغير والتحليف على فعل الغير انما يكون على العلم دون البتات فالجواب أن الاستحلاف على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعتقد عليه سليماً كما

(فإنما أقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده قط) كذا قال في الكتاب وإن شاء حلفه بالله ما له حتى الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عنده قط أما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأن فيه ترك النظر للمشتري لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والأول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيما نأوله في العين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولولم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عنده يحلف على قولهما واختلاف المشايخ على قول أبي حنيفة رحمه الله لهما أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف

على خلاف المختار فلا وعرف أن معنى المسئلة أن يدعي أباقي فيسكن قيامه في الحال فيحتاج إلى إثباته أما لو اعترف البائع فإنه يسأل عن وجوده عنده فإن اعترف رده عليه بالتسليم المشتري وإن أنكر طوبى المشتري بالبينة على أن الأباقي وجد عند البائع فإن أقامه رده ولا يحلف بالله عز وجل لقد باعه وسلمه وما أبق عنده قط قال المصنف (كذا قال في الكتاب) أي الجامع فإن عبارته هكذا فإنما أقام على ذلك البينة استحلاف البائع بالله لقد باعه وقبضه وما أبق قط قالوا (وإن شاء حلفه بالله ما له حتى الرد عليك من الوجه الذي يدعيه أو بالله ما أبق) عندك قط كل من هذه العبارات حسنة بقيت عبارتان محتملتان وهما أن يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب أو لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب قالوا لا يحلف كذلك لأن فيه ترك النظر للمشتري لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد فإذا فرض حدوث العيب كذلك حلف لقد بعته وما به هذا العيب كان باراً في عينه وأما بعته وسلمته وما به هذا العيب فكذلك لأن هذه العبارة صادقة هنا إذا كان حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فقد يكون حدوث العيب كذلك فيما نأوله البائع في عينه أي بقصد تعلق عدم العيب بالشرطين جميعاً وهما البيع والتسليم على ظن أن صدقه لغة على تقدير قصده إليه بوجوب بره شرعاً وليس كذلك فإن نأوله كذلك لا يخلصه عنه الله تعالى من ذلك الممين بل هي عين غفوس والاختصاص مع الوفاء المقصود أن يحلف بالله ما أبق عندي قط (ولولم يجد المشتري بينة على وجود العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عند المشتري يحلف على قولهما واختلاف المشايخ في قول أبي حنيفة) هل يحلف أو يتحقق العجز عن الخصومة فعن القاضي أبي الهيثم أن الخلاف مذكور في النوادر عنده لا يحلف وعندهما نعم وفي شرح الجامع الكبير للشيخ أبي المعين النسفي قال بعض مشايخنا منهم الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد

الترمذ وقيل التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم إذا ادعى الذي يحلف أنه لا علم له بذلك أما إذا ادعى أن له علماً بذلك فيحلف على البتات لا دعائه العلم بذلك فإن لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله ما يعلم أنه أبق عند المشتري هل له ذلك أولاً قيل له ذلك على قولهما واختلاف المشايخ على قول أبي حنيفة وهو المذكور في النوادر ذكره الطحاوي وهو حجة المصنف وقيل لا خلاف في هذه المسئلة (لأنهما أن الدعوى معتبرة لأنه يترتب عليها البينة) وكل ما يترتب عليه البينة (يترتب) عليه (التحليف) بالاستقراء (قوله وقيل المراد بالكتاب) أقول القائل هو الانتقائي (قوله لأن شمس الأئمة إلى قوله والأصح عندى) أقول تصحج شمس الأئمة لا يكون حجة على غيره (قوله وهو المذكور في النوادر) أقول أي الاختلاف هو المذكور (قوله وقيل لا خلاف في هذه المسئلة الخ) بل قوله كقولهما

ولا يبي سنية على قول من  
يقول له تخلف على مذهبه  
أن الخلف يترتب على  
دعوى صحيحة ولا تصح  
الدعوى الامن خصم ولا  
يصير المدعى وغير المشتري  
هو من خدمه الابد بعد قيام  
العيب بائنة الشرعية  
وقد عزمتم على ان كل  
ما يترتب عليه البينة  
يترتب عليه التخلف فان  
دعوى الركالة يترتب عليها  
البينة دون التخلف والبينة  
لا تستلزم الدعوى فضلا  
عن صحة بل قد تقوم على  
مالا دعوى فيه أصلا كما  
في الحد وبخلاف التخلف  
والفرق ان التخلف شرع  
لقطع الخصومة فكان  
متضمنا سابقا لخصم وأن  
يكون المشتري هنا خصما  
الابد اثبات قيام العيب  
في يده لم يثبت كما تقدم  
وأما البينة فهي ناشئة  
لا ثبات كونه خصما فلا  
تستلزم كونه خصما (واذا  
نكل عن اليمين عندهما  
يخلف ثانيا للرد) على البتات  
(على الوجه الذي قدمناه)  
على ما تقدم

(قوله والفرق ان التخلف  
شرع لقطع الخصومة)  
أقول وكذلك البينات فاذا  
كان لهما حكم خصم - رص  
هنا قول لم لا يجوز أن يكون  
للتخلف حكم كذلك

وله على ما قلناه ايهض أن الخلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الامن خصم ولا يصير خصما  
فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين عندهما يخلف ثانيا ردا على الوجه الذي قدمناه  
الخلاف في هذه المسئلة ونخصيص قوله ما إذا كر لا يدل على أن قول أبي حنيفة خلاف قولهما وانما  
يختلف على العلم لانه يترتب على فعل الغير بخلاف خلفه على انه ما كان عنده فقبل لانه وإن كان على فعل  
الغير لكن الخلف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا لم يكن الخلف مدعي العلم به أما اذا كان مدعي ان لا  
الآثر أن المودع اذا دعي قبض الردع لهما يكون انقول له ويخلف على البتات مع أنه فعل الغير وقيل  
ليس حاصله فعل الغير بل فعل نفسه وهو قول الامام السرخسي والاول اوجه فان  
معنى تسليمه تسليم المراد منه السلامة في حال التسليم بل بمعنى سلمته والحال أنه لم يسلم على السرقة  
عندي فيرجع الى الخلف على فعل الغير وأورد على الاول مسئلتان احدهما مالو باع رجلا من عبدا من  
آخر صفقة واحدة ثم مات أحدهما فورثه البائع الآخر ثم ادعى المشتري عيبا فانه يخلف في نصيبه بالجزم  
وفي نصيب مورثه بالعلم عند محمد مع انه يدعى العلم بانتفاء العيب الثانية اذا باع المتفاوضان عبدا وخاب  
أحدهما فارادى المشتري عيبا يخلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه وعلى العلم في نصيب الغائب مع  
ادعائه علمه بذلك كما قلنا انتهى والوجه عندي أن يشكل ما نحن فيه على خاتين المسئلةين لآعكسه لأن  
تخلفه في نصفه على العلم وفي نصفه الآخر على البتات وهو واحد أعني العيب في ذات واحدة هو المشكل  
فالوجه ما ذكرنا والمسئلان مشكلتان لانه ان علم بالعيب كان علمه بالنسبة الى النصفين أو جهله كان  
أيضا كذلك الآن يكون معنى المسئلة أن العبد كان عند كل من الشريرين مدة فيخلف عند الوارث على  
البتات في مدته ما أتى عندي وعلى العلم في مدته شريكه ما علم أنه أتى عند شريكه فليكن محلهما ذلك  
وعلى هذا فلم تكن اقامة العبد الا عند هذا الشريك لا يخلف الا على البتات ويكتفي بذلك الآن هذا غير  
معارم فيخلف كما ذكرنا ولم تكن اقامته الا عند الذي مات لا يخلف الا على البتات لان العدة اقتضى  
وصف السلامة واعلم ان مما تطارحناه انه لو لم يبق عند البائع وأبق عند المشتري وكان أبق عند آخر  
قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشتري ذلك وأثبته برده به لانه معيب والعقد أوجب على هذا  
البائع السلم وللم يقدري انبائه ان يخلفه على العلم وكذا في كل عيب يرد بشكره (وجه قوله على)  
تقدير الخلاف وهو (ما قاله البعض ان الخلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الامن خصم ولا  
يصير خصما فيه الابد قيام العيب) واذا نكل البائع عن اليمين على وجود العيب عند المشتري (يخلف ثانيا  
للرد على الوجه الذي قدمناه) لانه ينسكه لآزل مقر بوجود العيب عند المشتري فتوجه الخصومة  
فيه فيخلف على انه ما وجد عنده الى آخر ما ذكرنا وقوله الخلف يترتب على دعوى صحيحة فيلزم أن  
البينة لا يلزم ترتبها عليهم بل تكون بلا دعوى أصلا في الحدود وكذا على انه وكيل أو وارث ولا دعوى أصلا  
ففي دعوى غير صحيحة أولى وفي الكافي الاصح أنه لا يخلف لان التخلف شرع لدفع الخصومة لا لاثباتها  
وهنا الخلف البائع يحدث بينهم ما خصومة أخرى ولا يخفى ضعف هذا الكلام فان توجه اليمين هو من  
الخصومة فيما اتهمى خصومة لا تندفع وكثيرا ما يترتب خصومات بعضها على بعض يكون منتهى بعضها  
مبدأ أخرى وأما قوله في الوجه الخلف انما يترتب على دعوى صحيحة فنقول ان كان المراد بالصححة  
ما يستحق بها الجواب فهذه كذلك لانه اذا ادعى انه وجد عنده عيب في المبيع وقد وجد عند البائع فلا شك  
أن القاضي يطلب جوابه عنه ألا ترى الى قوله فان اعترف ان الأمر كذلك رده عليه وان أنكر وجوده عنده  
واعترف بوجوده عند المشتري فعلى المشتري البينة فان عجز عن اعترافه الى آخره واعترف بوجوده عند  
وأنكر وجوده عند المشتري وكل ذلك فرع الزامه بالجواب بأحد هذه غير أنهم لا يوجبون عليه اليمين على  
عدمه عنده حتى تثبت المقدمة الاولى وهو وجوده لان تخلفه على ذلك لا يفيد مقصود المشتري من الرد

قال رضي الله عنه اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما أتى منه ذباغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ

ان لم يثبت عوده عنده فلا يترتب عليه فائده الا بعد فوجبه تقديمه وكذا لو كان العيب مما يمكن للرد وجوده عند البائع فقط كولد الخارية وكونه اولد زنا حلف عليه ابتداء غير متوقف على غير ذلك وبهذا ظهر ان لافرق بين دعوى العيب ودعوى الدين في أن كلامهم مما يستدعي جوابا بما يأتي بالحال وان تكاف الفرق مع ضعفه بناء على أن الخصومة هناك تتجه قبل اثبات الدين وهنا لا تتجه الا بعد اثبات العيب غلط وانما هذه خصومة الغرض منه رد المبيع وتلك خصومة الغرض منه رد الدين وكل منهما يستدعي الجواب فكأن له أن يجيب هنا بانكار العيب عنده ما رآه أساسا كذلك أن يجيب بانكار الدين رأسا بمعنى أنه لم يثبت قط ثم كأن عابه أن يثبت دخول العيب في الوجود بالينة أو النكول كذلك عليه ان يثبت دخول الدين في الوجود كذلك اذا ثبت دخوله في الوجود طال به برده اليه فكذلك في العيب يطالبه برد الثمن ورده فاذا تأملت لافرق والله اعلم فالوجه ما قاله من الزام اليمين على العلم ونفي الخلاف كما ذكر البعض لانه ادعى عليه معنى لو أقر بذل زمة المال فعليه اليمين لرجاء النكول وكونه بمجرد اليمين لا يثبت المال الا بعد عين أخرى على وجوده عند البائع لا يضر لانه اذا توقف ثبوت الحلف على أمرين لم يكن بد من اثبات كل منهما ثم قال المصنف رحمه الله (قال العبد الضعيف) يعني نفسه (اذا كانت الدعوى في اباق) العبد (الكبير يحلف) البائع (ما أتى) عندي (من ذباغ مبلغ الرجال) لانه عساه أن يثبت في الصغر فقط ثم أثبت عند المشتري بعد البلوغ وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب على ما تقدم فلو أن مناه الحلف ما أتى عنده قط اذ امر زناه وألزمناه ما يلزمه ولو لم يحلف أصلا اذ امر زنا بالمشتري فيحلف كما ذكرنا وكذا في كل عيب يدعي ويحلف فيه الحال فيما قبل البلوغ وبعده بخلاف ما لا يختلف كالجنون وقد ظهر مما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة في عيب الاباق ونحوه وهو كل عيب لا يعرف الا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول في الفراش والجنون والزنا وبني أصناف أخرى ذكرها فاضحان هي مع ما ذكرنا تامة أربعة أنواع الاول أن يكون عيبا ظاهرا لا يحدث مثله أصلا من وقت البيع الى وقت الخصومة كالاصبع الزائدة والعوى والناقصة والسن الشاذة أي الزائدة فالقاضي فيها يقضي بالرد اذا طلب المشتري من غير تحلف للتيقن به في يد البائع والمشتري الا أن يدعي البائع رضاه به أو العلم به عند الشراء أو الابعاد منه فاذا ادعاه سأل المشتري فان اعترف امتنع الرد وان أنكر أقام البينة عليه فان عجز يستحلف ما علم به وقت البيع أو ما رضى ونحوه فان حلف رده وان نكل امتنع الرد الثاني أن يدعي عيبا باطنا لا يعرفه الا اطباء كوجع الكبد والطحال فان اعترف به عنده ما رده وكذا اذا أنكره فأقام المشتري البينة أو حلف البائع فسلك الا ان ادعى الرضا فيعمل ما ذكرنا وان أنكره عند المشتري يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يدعي والاثنان أحوط فاذا قال به ذلك يخاصمه في أنه كان عنده الثالث أن يكون عيبا لا يطلع عليه الا النساء كدعوى الرق والقرن والعفل والشيابة وقد اشترى بشرط البكارة فعلى هذا الا أنه اذا أنكر قيامه في الحال أريت النساء والمرأة العدل كافية فاذا قالت ثيبا أو قرنا ردت عليه بقولها عندهما كما تقدم واذا انضم اليه نكوله عند تحليفه غير ان القرن ونحوه ان كان مما لا يحدث ترد عند قول المراتين هي قرناء بالخصومة في أن ذلك كان عند البائع للتيقن بذلك كما في الاصبع الزائدة الا أن يدعي رضاه فعلى ما ذكرنا وفي شرح قاض خان العيب اذا كان مشاهدا وهو مما لا يحدث بؤمر بالرد وان كان مما يحدث واختلف في حدوته فالبينة للمشتري لانه يثبت الخيار والقول للبائع لانه ينكر الخيار وهذا يعرف مما قدمناه ولو اشترى جارية وادعى انها خنثى يحلف البائع لانه لا ينتظر اليه الرجال ولا النساء ولو وجد به عيبا فقال له البائع أتبيعه قال نعم يلزمه لانه عرض على البيع

قال المصنف (اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما أتى منه ذباغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ) لما تقدم فلو حلف مطلقا كان ترك النظر في حق البائع لانه اذا أتى في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان أتى عند البائع في حالة الصغر ومثل هذا الاباق غير موجب للرد امتنع البائع عن اليمين حذرا عن اليمين الكاذبة فيقضى عليه بالرد لنكوله ويتضرر به

قال (ومن اشترى جارية وتقباضا) ومن اشترى جارية وتقباض المتبايعان الثمن والمبيع (فوجد) المشتري (بها عيبا) فأراد البائع  
تخصيص الثمن على تقدير الرد (فقال البائع بعثك هذه وأخرى معها وقال المشتري بعثنيها أو حدها فالقول قول المشتري لأن الاختلاف في  
مقدار المقبوض والقول في نفسه قول القابض) لأنه أعرف بما قبض (كأفي الغصب) فإنه إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقول  
المغصوب منه غلبت متى غلبا من (١٧٤) وقال الغاصب غلاما واحدا فالقول قول الغاصب لأنه القابض (وكذا إذا اتفقا

على مقدار المبيع واختلفا  
في المقبوض) في مقداره  
بأن كان المبيع جاريين ثم  
اختلفا فقال البائع قبضتهما  
وقال المشتري ما قبضت  
الا حدهما فالقول قول  
المشتري (لما بينا) أن في  
الاختلاف في مقدار  
المقبوض القول قول  
القابض بل ههنا أولى لأن  
كون المبيع شيئين أمارة  
ظاهرة على أن المقبوض  
كذلك لأن العقد عليهما  
سبب مطلقا لقبضهما ومع  
ذلك كان القول قول  
القابض فههنا أولى قال  
(ومن اشترى عبدین صفقة واحدة)  
بعثك هذين العبدین  
بألف درهم فقبل (وقبض  
أحدهما) وهو سليم  
(فوجد بالآخر عيبا) ليس  
له أن يرد المعيب خاصة (بل  
يأخذهما أو يدهعهما)  
جميعا (لأن الصفقة تتم  
بقبضهما) لما ان تصرف  
المشتري في المبيع قبل  
القبض لا يصح لعدم تمام  
الصفقة حينئذ وما تم  
بقبضه الصفقة لا تتم بقبض  
بعضه لتوقفه على قبض الكل

أذلك فالتفرق قبل قبضهما (تفرق قبل التمام) وهو لا يجوز (لما ذكرنا) يعني قبيل باب خيار العيب  
بقوله لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله (وهذا) أي التفرق يبق في القبض لا يجوز (لأن القبض شبه  
بالعقد) من حيث أن القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما أن العقد يثبت ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف  
وملك اليد (فالتفرق يبق في القبض) ولو قال بعث منك هذين العبدین فقال قبلت أحدهما لم يصح فكذا هذا

(قوله لما بينا إلى قوله بل ههنا أولى) أقول فيه تأمل

قال (ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه) اذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا فالواقي شروح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه وكلام المصنف يشير الى ان الاختلاف بين العلماء فانه قال (ويروى عن أبي يوسف انه يردده خاصة) ووجهه ان الصفقة تامة في حق المقبوض فبالنظر اليه لا يلزم تفريق الصفقة (والاصح انه ليس له ذلك) لأن تمام الصفقة (١٧٥) بقبض المبيع وهو اسم للكل فهو كبس المبيع) لاجل الثمن فانه لا يزول بقبض بعض الثمن لاعتقاده بالكل اعتبارا لاحد البدلين بالآخر (ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا يردده خاصة خلافا لفرقه) يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي فأشبهه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا يتم به على ما مر ولهذا الواضح أحدهما ليس له أن يرد الآخر (قال ومن اشترى شيئا مما يكال

على وبين يديه نارو بقر به نجاسة كان مكروها ليس ثمنيا لا يحجب ان الثابت الكراهة وانما يكون حكمه حكمه لو ثبتت الحرمة هذا اذا كان العيب في غير المقبوض (فان وجد العيب في المقبوض اختلفوا فيه يروى عن أبي يوسف انه يردده خاصة) لان الصفقة تامة في المقبوض (والصحيح انه يأخذهما أو يرددهما لان تمام الصفقة تتعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل) فلم يقبض الكل لانتم فيكون تفريقا قبل التمام (وصار) تمام الصفقة (كبس المبيع لما يتعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول) الحبس (دون قبض جميعه) حتى لو بقي من الثمن درهم كان له أن يمنع المبيع عليه (ولو قال المشتري أنا أمسك المعيب وأخذ الثمنان ليس له ذلك) (فاما لو) كان (قبضهما) أعنى العبدان (ثم وجد بأحدهما عيبا) فان له أن يردده خاصة خلافا لفرقه (يقول فيه) أى في رده وحده (تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة ضم الجيد الى الردي) لترويج الردي وفي الزامه المعيب وحده الزام هذا الضرر فاستوى ما قبل قبضهما وما بعده في تحقق المانع من رده وحده (وأشبهه بخيار الشرط والرؤية) في أن الصفقة لانتم اذا كان فيهما أحد الخيارين هكذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وقال القدوري في التقريب قال أحصا بنا اذا اشترى عبدان صفقة فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة وان كان قبل القبض ردهما وقال زفر يرد المعيب في الوجهين لان الحق قد صح فيه ما والعيب وجد بأحدهما فصار كإعطاء القبض وكما صاحب المختلف والمنظومة مثله ما ذكر القدوري على خلاف ما ذكر المصنف وشمس الأئمة وهو محمول على اختلاف الرواية عن زفر (ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان القبض يتم في خيار العيب بخلاف خيار الرؤية والشرط) والتفريق بعد التمام جائز شرعا بدليل انه (لو استحق أحدهما) بعد القبض (ليس له أن يرد الآخر) بل يرجع بحصة المستحق على البايع مع انه تفريق الصفقة على المشتري والضرر الذي لزم البائع جاء من تدليس له لما قدمنا من أن الظاهر ان البائع عالم بحال المبيع وصار كالوسعي لكل واحد منهما أو شرط الخيار في أحدهما لنفسه ثم هذا فيما يمكن افراد أحدهما دون الآخر في الاتقاع كالعبدان أما اذا لم يمكن في العادة كنعلين أو خففين أو مصرعي باب فوجد بأحدهما عيبا فانه يرددهما أو يسكنهما بالاجماع لانهما في المعنى والمنفعة كشيء واحد والمعتبر هو المعنى وفي الايضاح والفوائد الظهيرية ولهذا قال مشايخنا لو اشترى زوجي ثوبا وقبضه ثم وجد بأحدهما عيبا وقد ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل دونه لا يعمل رد المعيب خاصة (قوله ومن اشترى شيئا مما يكال) كالخنطة والتمر

قبضهما أيضا لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفريق قبل التمام وانه لا يجوز قيل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد أحدهما بالانقاع كالعبدان وأما اذا لم يمكن كزوجي الخف ومصرعي الباب فانه يرددهما أو يسكنهما حتى لو كان المبيع ثوبين قد ألف أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل به وانه لا يمكن رد المعيب خاصة (قوله ولهذا) أى ولان الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله (لو استحق أحد العبدان) بعد قبضهما (ليس لاشترى أن يرد الآخر) بل العقد قد لزم فيه لانه تفريق بعد التمام (قال ومن اشترى شيئا مما يكال

بالانقاع كالعبدان وأما اذا لم يمكن كزوجي الخف ومصرعي الباب فانه يرددهما أو يسكنهما حتى لو كان المبيع ثوبين قد ألف أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل به وانه لا يمكن رد المعيب خاصة (قوله ولهذا) أى ولان الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله (لو استحق أحد العبدان) بعد قبضهما (ليس لاشترى أن يرد الآخر) بل العقد قد لزم فيه لانه تفريق بعد التمام (قال ومن اشترى شيئا مما يكال



أو يوزن) تفرق الصفة لا يجوز إذا كان قبل القبض في سائر الأعيان وبعده يجوز في غير المكيل والموزون وأما فيه - فلا يجوز إذا كان الجنس واحدا سواء كان في وعاء واحد أو في وعاءين على اختيار المشايخ وقيل إذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين يجوز رد المعيب خاصة لأنه يرد على الوجه الذي خرج من ضمان البائع ووجه الظاهر أنه إذا كان من جنس واحد فهو كشئ واحد أسما وحكما أما الأول فلا فإنه يسمى باسم واحد ككثر وقدير (١٧٦)

(أو يوزن) فوجد بعضه عيارده كله أو أخذه كله) و مراده بعد القبض لأن المكيل إذا كان من جنس واحد فهو كشئ واحد ألا يرى أنه يسمى باسم واحد وهو الكثر ونحوه وقيل هذا إذا كان في وعاء واحد فإذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر (ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي) لأنه لا يضره التبعض

(أو يوزن) كالسمن والزعفران وغير ذلك (فوجد بعضه عيارده كله أو أخذه كله و مراده) إذا كان الاطلاع على العيب (بعد القبض) أما لو كان قبله فلا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما كالتياب والعبيد من أنه يرد الكل أو يحبس الكل بخلاف ما بعد القبض فإنه يجوز رد المعيب خاصة في غير المكيل والموزون دونهما وإنما قلنا بعد القبض يرد الكل (لأن المكيل إذا كان من جنس واحد) كالخطة أو الشير (فهو كشئ واحد) فإن الانتفاع والتقوم لا يتحقق باحدا حبات القمح منفردة بل مجتمعة فكانت الأحاد المتعددة منها كالشئ الواحد ثوب أو وسطا ونحوه (الآثرى أنه يسمى) المتعدد منه المجتمع (باسم واحد كالكر) والوسق والصبرة فلا يتمكن من رد البعض خاصة كما لا يتمكن من رد بعض الثوب بخلاف الثوبين والعبدان فإنه بعد قبضهما يرد المعيب خاصة لأنهما شيان حقيقة وتقوم وانتفاعا لا يوجب أفراد أحدهما عن الآخر عينا أحاد نافية (قيل هذا) يعني كونه يرد الكل (إذا كان في وعاء واحد) أما (لو كان في وعاءين) كما إذا اشترى على حنطة صفقة فوجد بأحدهما عيبا فإنه يرد ذلك العدل خاصة كما ذكره نضر الإسلام قال لأن تميز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب في المعيب فإنه إذا كان مختلطا بالجميد يكون أخف عيبا مما إذا انفرد فلو ورد كان مع عيب حادث عند المشتري بخلاف ما إذا كان في وعاءين فرد أحدهما بعينه فإنه لا يوجب زيادة عيب قال الفقيه أبو الوليث هذا التأويل يصح على قول محمد خاصة وأحد الروايتين عن أبي يوسف لأعلى قول أبي حنيفة فإنه روى الحسن عن أبي حنيفة في الجرد أن رجلا لو اشترى أعدال من تمر فوجد بعدل منه عيبا فإن كان التمر كله من جنس واحد ليس له أن يرد المعيب خاصة لأن التمر إذا كان من جنس فهو بمنزلة شئ واحد وليس له أن يرد بعضه دون بعض وذكر الناطقي رواية بشر بن الوليد لو اشترى زق من سمن أو سلتين من زعفران أو جلين من القطن أو الشعير وقبض الجميع له رد المعيب خاصة إلا أن يكون هذا أو الآخر سواء فاما أن يرد كله أو يترك كله فقد رأيت كيف جعل التمر اجناسا مع أن الكل جنس التمر فعلى هذا يتقيد الاطلاق أيضا في نحو الحنطة فإنها تكون صعيدية وبحرية وهما جنسان يتفاوتان في الثمن والعجين ويتقيد الاطلاق في الإسلام أن في الأعدال رد المعيب خاصة بأن ذلك إذا كان باقي الأعدال من غير ذلك الجنس مما هو منسدرج تحت مطلق جنسه بأن يكون بعض الأعدال ربنيا وبعضها نباتية فوجد ذلك خاصة أما إذا كان الأعدال من جنس واحد بأن يكون كلها ربنيا أو صيحانيا أو لبنانة أو عراقة فوجد الكل والصبرة كالعدل الواحد وإن كثرت لجرى أن ما ذكرنا من وجه منع رد المعيب وجد فيها (قوله ولو استحق بعضه) أي بعض المكيل أو الموزون فلا خيار للمشتري في رد ما بقي بل يلزمه أن لا يرد وروى عن أبي حنيفة أن له رده دفعا لضرر مؤنة القسمة (وجه الظاهر أنه لا يضره التبعض) لافي

بانقرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعل رؤية بعضها كروية كلها كالثوب الواحد وفي الثوب الواحد إذا وجد بعضه معيبا ليس له الرد الكل أو أسا كما أن رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشتري وهو في الأعيان المجتمعة عيب فرد المعيب خاصة رد عيب زائد وليس له ذلك فالأقل لو كان كذلك وجب أن يكون له رد الباقي إذا استحق البعض بعد القبض كافي الثوب الواحد وهو باطل بالاجماع فالجواب أنه على إحدى الروايتين عن أبي حنيفة ساقط وعلى الأخرى انما لم العسقد في الباقي ولم يبق له خيار الرد فيه لأنه لا يضره التبعض لأن استحقاق البعض لا يوجب عيبا في المستحق وغيره لأنهم في المالية سواء والانتفاع بالباقي ممكن وما لا يوجب عيبا في المالية والانتفاع لا يوجب ضررا بخلاف ما لو وجد بالمعيب عيبا وميزه

أيرده لأن تميز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب بخلاف الثوب الواحد فإن التبعض يضره والشركة عيب فيه زائد فلم يبق الرد الكل أو أسا كما

قال المصنف (و مراده بعد القبض) أقول أما قيل القبض فالحكم في غير المثل والموزون أيضا كذلك قال المصنف (وقيل هذا إذا كان في وعاء واحد) أقول اختار هذا القول في فتاوى قاضيان ولم يذكر غيره (قوله لأن رد الجزء المعيب) أقول فيه بحث

قوله والاستحقاق يجوز أن يكون جواب سؤال) تقرر به انتفاء الخيار في رد ما بقي يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام لأن تمامها بالرضا والمستحق لم يكن راضيا وبوجوبه ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك لأن العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام رضا العاقد وبالاستحقاق لا ينعقد ذلك ولهذا قلنا في الصرف والسلم اذا أجاز المستحق بعد ما أقر باقي العقد صحته اعلم ان تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك (وهذا) أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض وأما اذا كان قبله فله أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وهذا يرشدك الى أن تمام الصفقة يحتاج الى رضا العاقد وقبض المبيع وانتفاء أحدهما يوجب عدم تمامها وان كان المبيع ثوبا واحدا وقد قبضه المشتري ثم استحق (١٧٧) بعض الثوب فلا يشتري الخيار في رد ما بقي لأن التثقيص في الثوب عيب لأنه يضر في ماله والانتفاع به فان قيل حدث بالاستحقاق عيب جديد في يد المشتري ومثله يمنع الرد بالعيب أجاب المصنف بقوله (وقد كان وقت البيع) يعني أنه ليس بحدث في يده بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعا بخلاف المكيل والموزون فان التثقيص ليس بعيب فيهما حيث لا يضر وتنبه لكلام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سمي قبل القبض في جميع الصور أعني فيما يكال أو يوزن أو غيرهما أما العيب فظاهر وأما الاستحقاق فلقوله أما اذا كان ذلك قبل القبض ليس له أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وتجد حكمهما بعد القبض كذلك الا في المكيل والموزون لأنه ذكر في

والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان بعد القبض أما لو كان قبل القبض فله أن يرد ما بقي لتفرق الصفقة قبل التمام قال (وان كان ثوبا فله الخيار) لأن التثقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون (قال ومن اشترى جارية فوجد بها قرحاً فدأواه أو كانت دابة فركبها في حاجة فهو رضاء) لأن ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لأن الخيار هناك للاختبار وأنه بالاستعمال فلا يكون الر كوب القيمة ولا في المنفعة أما في القيمة فان المدين القمح يباع على وزان ما يباع به الار دب والغرارة وأما في المنفعة فظاهر فلا يضر ربه بخلاف غيره فانه ان كان مما يفصل يصير معيبا بتبعيضه فان الفضلة من الثوب كالذراع اذا نودي عليه في السوق لا تبلغ قيمة متصلا بباقي الثوب وان كان مما لا يفصل كالعبد يصير معيبا بعيب الشركة بخلاف المكيل لا يتعيب بالشركة فانهما ان شاء اقتسماه في الحال وانتفع كل بنصيبه كما يجب وموثة القسمة خفيفة وقد تكون بكيل عبد هما وغلماهما (وقوله والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة) جواب عن سؤال هو أنه ينبغي أن يكون له رد ما بقي في صورة الاستحقاق كي لا يلزم تفريق الصفقة على المشتري المستحق عليه فأجاب بأن تفريق الصفقة انما يمنع قبل التمام لا بعده وقد تحقق تمام هذه الصفقة حيث تحقق القبض ولم يظهر بعد ذلك الا الاستحقاق والاستحقاق لا يمنع تمامها لان تمامها برضا العاقد (وقد تحقق) لارضا المالك) يعني المستحق ولذا قلنا اذا أجاز المستحق لبدل الصرف ورأس مال السلم بعد اقرار العاقد ينطبق العقد صحته فاعلم ان تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك وقوله (وهذا) أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد (اذا كان بعد القبض) أما اذا كان قبل القبض فله أن يرد الباقي لتفرق الصفقة) عليه (قبل التمام) لان تمامها بعد الرضا بالقبض (ولو كان) المستحق (ثوبا) ونحوه كعبد وكتاب (فله الخيار لان التثقيص في الثوب عيب) والشركة في العبد عيب فله الخيار بين رد الكل أو بقاءه شر بكا لا يقال ينبغي أن لا يثبت له خيار رد الكل لانه حدث عنده عيب بالاستحقاق وأجاب بقوله (وقد كان) الى آخره أي هذا العيب أعني عيب الشركة كان ثابتا (وقت البيع) وانما تأخر ظهوره والظهور فرع سابقة الثبوت فلم يحدث العيب عند المشتري بل ظهر عنده فلم يمنع الرد بخلاف عيب الجدي من الردي في المكيل اذا كان في وعاء واحد أو كان صبرة فانه عيب حدث عنده فلا يمكنه الرد الكل (قوله ومن اشترى جارية فوجد بها قرحاً) ونحوه من مرض أو عرض فدأواها (أو كانت دابة فركبها في حاجة نفسه) وفي بعض النسخ حاجته فهو رضاء لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط) اذا ركب فيه مرة واحدة لنفسه أو لبس الثوب مرة لا يكون مسقطا للخيار (لان ذلك) الخيار (الاختبار وهو بالاستعمال فلا يكون ركوبه) لحاجته مرة أو بالاستخدام

(٣٣ - فتح القدير خامس) العبدین ولهذا الواستحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر وقال في المكيل والموزون رده كله أو أخذه ومعه بعد القبض ثم قال ولو استحق البعض لا خيار له في رد ما بقي (ومن اشترى جارية فوجد بها قرحاً فدأواه المشتري) جرح الجارية المشتراة وركوب الدابة في حاجته عذر رضا بالعيب لان ذلك دليل قصده الاستبقاء لان المداواة ازالة العيب وهي تمنع الرد لان نقيضه وهو قيام العيب شرط التمكن من الرد فكانت دليل قصده الاستبقاء في الامور الباطنة بقوم مقامه فلا يتمكن من الرد بذلك العيب ولهذا العيب لا يستلزم رضاه بغيره وكذلك الر كوب لحاجته بخلاف خيار الشرط لانه للاختبار والاختبار بالر كوب فلا يكون مسقطا

مستقطاً (وان ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليستري لها غلفاً وليس رضا) أما الركب الرد فلا نسبب الرد والجواب في السقي واشتراء الغلف محمول على ما إذا كان لا يجديدها منه إما الصعوبة أو لجزءه أو لكون الغلف في عدل واحد وأما إذا كان يجديدها منه لا نعدم ما ذكرناه يكون رضا قال (ومن اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له أن يردّه وبأخذ الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يرجع عاين قيمته سارقاً إلى غير سارق)

(وان ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليستري لها غلفاً وليس رضا) أما الركب الرد فلا فرق فيه بين أن يكون له منه بدأ ولأن في الركب ضبط الدابة وهو أحفظ لها من حدوث عيب آخر وأما السقي والغلف فمحمول على ما إذا لم يجدها منه بدأ الصعوبة الدابة لكونها شئاً وسأؤرجعه عن المشي لضعف أو كبر أو لكون الغلف في عدل واحد أما إذا وجد منه بدأ لا نعدم الأولين أو لكون الغلف في عدلين وركب كان الركب رضا لأن جملته حينئذ يمكن بدون الركب قال (ومن اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به الخ) رجل اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به المشتري لا وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده فله أن يردّه وبأخذ الثمن كله وله أن يمسه ويرجع بنصف الثمن عند أبي حنيفة وقال أنه يقوم سارقاً وغير سارقاً فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن

مرة (منقطاً) له نصارى جنس هذه المسائل ان كل تصرف من المشتري يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والارش في ذلك العرض على البيع والاجارة والبيع والر كيب لحاجته والمداواة والدين والكتابة والاستخدام ولو حرره بعد العلم بالعيب بخلاف خيار الشرط فإنه لا يسقط إلا بالمرّة الثانية لأن الأولى للاختيار الذي لا جملته شرع الخيار فلم تكن الأولى دليل الرضا أم خيار العيب فشرعته الرد ليصل المشتري إلى رأس ماله إذا عجز عن وصول الجزء الفائت إليه في المرة الأولى فيه لا يصرفها عن كونها دليل الرضا صارف هذا بالاتفاق إنما الخلاف فيما إذا أخرج الرديع القدرة عليه بالتراضي أو بالخصوصية بان كان هناك حاكم فلم يفعل ولم يفعل ما يدل على الرضا فعندنا لا يبطل خيار الرديع وعند الشافعي يبطل والتقيد بحاجته لأنه (لور كيبها ليسقيها أو يردّها على بائعها أو يشتري لها غلفاً وليس رضا) وله الرد بعد ذلك (أما الركب الرد فإنه سبب الرد) فإنه لو لم يركبها احتاج إلى سوقها فإما لا تنقاد أو تلفت مالا في الطريق للناس ولا يحفظها عن ذلك إلا الركب (والجواب في السقي وشرع الغلف محمول على حاجته) إلى ذلك فيهما لا تنقاد تكون صعوبة في قودها ليسقيها أو يحمل عليها غلفاً ما ذكرناه مع كونه قد يكون عاجزاً عن المشي (أو لكون الغلف في عدل واحد) فلا يمكن من حملها عليها إلا إذا كان راكباً وتقيده بعدل واحد لأنه لو كان في عدلين فركبها يكون الركب رضا ذكره قاضيان وغيره ولا يخفى أن الاحتمالات التي ذكرناها في ركوبها للسقي إنما لا تمنع الرد معها تجري فيما إذا كان الغلف في عدلين ثم ركبها فلا ينبغي أن يطبق امتناع الرد إذا كان الغلف في عدلين ولو اختلفا فقال البائع ركبها بالحاجة نفسك وقال المشتري لاردها عليك فالقول قول المشتري فأما لو قال البائع ركبها للسقي بلا حاجة لأنها تنقاد وهي ذلول ينبغي أن يسمع قول المشتري لأن الظاهر ان المسوق للركوب لا يبطل حق الرد خوف المشتري من شيء مما ذكرناه لا حقيقة الجوح والصعوبة والناس يختلفون في تحيل أسباب الخوف قرب رجل لا يخطر بخاطر شيء من تلك الأسباب وآخر بخلافه نعم لو حمل عليها غلفاً غيرها كان رضا ركبها أو لم يركبها  فرج وجد بالدابة عيباً في السفر وهو يخاف على جملته عليه أن يردّها بعد انقضاء سفره وهو معذور (قوله ومن اشترى عبداً قد سرق) عند البائع وعلى ما ذكرناه وقع في المطارحة لا فرق بين أن يسرق عند البائع أو غيره (ولم يعلم) المشتري (به) أي بفعله السرقة لا وقت البيع ولا وقت القبض وستأتي فائدة هذا القيد (نقطع عند المشتري فله أن يردّه) على بائعه (وبأخذ الثمن) كله منه (عند أبي حنيفة) هكذا في عامة شروح الجامع الصغير وفي روايات المبسوط يرجع بنصف الثمن ووفق بما ذكرناه في المبسوط حيث قال وعند أبي حنيفة يرجع بنصف الثمن بأن القطع كان مستحقاً بسبب كان عند البائع واليد من الأذى نصفه فينتقص قبض المشتري في النصف فيثبت للمشتري الخيار ان شاء رجح بنصف الثمن وان شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن كما لو قطعت يده عند البائع ولم يثبت الخيار بين رده واما كما كان قول من قال يأخذ الثمن كله منصرفاً إلى اختياره رد العبد المقطوع وقول من قال يرجع بنصف الثمن منصرفاً إلى اختياره إمساكه وفي شرح الطحاوي للاستيعاب لو قطعت يده بعد القبض إلى آخر الصور ان شاء عرضي بالعبد لا قطع بنصف الثمن وان شاء ترك وفي قول أبي يوسف ومحجبه لا يردّه ولكنه يرجع بنقصان العيب بأن يقوم عبداً واجب عليه القطع وعبد لم يجب عليه القطع

وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان في يد البائع من القتل العمد أو الرد له ما ان (١٧٩) الموجود في يد البائع سبب النزع أو

القتل وهو لا ينافي المالية إلا ترى أنه لو مات تقرر الثمن على المشتري وتصرف فيه نافذ فكون المالية باقية فينفذ العقد فيه لأنه يعتمد حال كونه متعيب لأن مباح اليد والدم لا يشتري كالسالم لأنه أشد من المرض الذي هو عيب بالاجماع والمبيع المتعيب عند تعذر الرد يرجع فيه بنقصانه وهي ما قد تعذر الرد ما في صورة القتل فظاهر وما في صورة القطع فلا أن الاستيفاء وقع في يد المشتري وهو غير الوجوب فكان كعيب حدث في يده ومنه ما منع من الرد بعيب سابق كانه قد لم يرجع بالنقصان كما اذا اشتري جارية حاملا ولم يعلم بالحمل وقت الشراء والقبض فانت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وما بين قيمتها غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع وسبب الوجوب يقضى الى الوجوب والوجوب يقضى الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كالمستحق والمستحق لا يتناول العقد فينتقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد له أو لانه باع مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن ان رده كالمستحق بعض العبد

وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما له ما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وأنه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند رده وصار كما اذا اشتري جارية حاملا فانت في يد بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله أن سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يقضى الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المعصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب

ويرجع بازاء النقصان من الثمن الا اذا رضى البائع أن يرد فبرده ويرجع بجميع الثمن وحينئذ فلا يخفى ما في نقل المختصر في جواب المسئلة كالمصنف أن له أن يرد ويرجع بالكل وما في نقل المؤلف والمختلف فيما اذا قطعت يده عند المشتري بسبب البائع أنه يرجع بنصف الثمن من الابقاع في اللباس واقرب ما يظن أنهم اروا بان عنه لولا ما ظهر من الجواب الفصل ابتداء كاذرناو عبارة الهداية أخف فانه قال فله أن يرد ويأخذ الثمن فانها لا تمنع ان له شيئا آخر لكن لا يجوز الاقتصار على هذا الا اذا كان ماله من الاخر المسكوت عنه متفقا عليه فاقصر على محل الخلاف لكن الفرض ان الخلاف ثابت في الآخر وهو اذا أمسكه فانه يأخذ النصف عنده وعندهما لا بل يرجع بالنقصان ويمسكه (وقوله) وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد عند البائع من قتل عدا أو رده وشي ذلك يعني قتل عند المشتري يرجع بكل الثمن حتما وعندهما ما يقوم حلال الدم وحرمة فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن قال المصنف (فالحاصل انه) أي القطع والقتل أي ثبوت في العبد (بمنزلة الاستحقاق) ولو استحق كله يرجع بالكل أو نصفه كان بالخيار بين أن يرد الباقي ويرجع بالكل وبين أن يرجع بنصف الثمن ويمسك النصف فكذا هنا (وعندهما) ذلك (بمنزلة العيب) وفي المبسوط فان مات العبد من ذلك القطع قبل أن يرد لم يرجع الا بنصف الثمن لان النفس ما كانت مستحقة في يد البائع لينتقض قبض المشتري في النصف (لهما ان الموجود عند البائع سبب القتل والقطع) وثبوت سبب ذلك لا ينافي مالية العبد واذا صح بيعه وعقده ولو مات كان الثمن مقررا على المشتري وليس لولي القصاص حق في ماليته ولذا لو كان ولي القصاص يأبى شراء المشتري أباه صح شراؤه ولو كان له حق في ماليته لم يصح كالأبى المهرن بيع عبد الرهن لم يصح انه يعلق حق المهرن بالمالية فعرف ان استحقاق العقوبة متعلق بأدميته لا بماليته والاستحقاق باعتبار المالية بالقتل وهو فعل أنشاء المستوفى باختياره في النفس بعد ما دخل في ضمان المشتري وبه لا ينتقض قبض المشتري لانه يعلق بالمال المبيع وينتقض بأخذ المستحق له لانه فيه من حيث هو مال فكان استيفاء العقوبة عيبا حادنا في يده فخرج الرد فيرجع بالنقصان (وصار كما اذا اشتري حاملا) لا يعلم بحملها وقت الشراء ولا وقت القبض (فانت) عنده (بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وغير حامل) ولقطة الى في قوله الى غير حامل ليس لها موقع (وله ان سبب وجوب القطع والقتل) وجد (في يد البائع والوجوب يقضى الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى سبب) القطع والقتل وهو سرقته الكائنة في يد البائع وقتله فصار موته مضافا اليه وقطعه وصار كأنه قطع أو قتل عند البائع الذي عنده السبب وصار كالعبد المعصوب اذا رده الغاصب على مالكه بعد ما جنى عند الغاصب فقتل عند المالك بها أو قطع فانه يرجع على الغاصب بتمام قيمته أو نصفها كالمقتول عند الغاصب بجماع استناد الوجود الى سبب الوجوب انكأ عند الاول واذا كان كذلك فينتقض قبضه كافي الاستحقاق وصار سبب السبب بمنزلة عللة لفوات المالية فكان المستحق به كأنه المالية الا أنه لا يظهر أثر ذلك الا بحقيقة فعل الاستيفاء وقبله لا يتم في حق ذلك فبقى المالية فيه مع البيع ونحوه فأما اذا قتل فقد تم

فرد وصار كما اذا غصب عبد اقتل العبد عند الغاصب رجلا عدا فرد على المولى فاقصص منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كالمقتول في يد الغاصب

والجواب عن مسئلة الحمل انتم ائمة فان ذلك قولنا وأما على قول أبي حنيفة فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن اذا مات من الزوال  
كما هو عليه فيما اذا قصص من العبد (١٨٠) المشتري ولئن سلمنا فتقول ثم سبب الموت هو المرض المتألف وهو حصل عند المشتري

وما ذكر من المسئلة ممنوعة وتسرق في يد البائع ثم في يد المشتري فتقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان  
كما ذكرنا وعندنا لا يردده دون رضا البائع لأجيب ما حدث ويرجع ربع الثمن وان قبله البائع قبلالة  
الأردع لان اليد من الأدمى نصفه وقد تلت باختيارين

حينئذ الاستحقاق ويطلب المالمية فظهر أثر في نقص القبض فيرجع كما ذكرنا (وما ذكر من المسئلة)  
موت الحامل (ممنوعة) على قول أبي حنيفة بل يرجع على قوله بكل الثمن قاله القاضيان أبو زيد  
ومحمد الدين قاضيان رحمهما الله تعالى وان لم يذكر الخلاف في كتاب البيوع من الاصل استدلالا بما  
ذكر في الجامع الصغير في الأمانة المغصوبة اذا حلت عند الغاصب ثم ردت فولدت في يد المالك وماتت  
أن يضمن الغاصب جميع قيمتها كذلك هنا عندنا واقصر المصنف عليه وان سلمنا فتقول الموجود في يد  
البائع العلق وانما يجب انفصال الوالد لا الهالك ولا يفضى اليه غالب البال الغالب السلامة فليس هنا  
وجوب بفضى الى الوجود فهو نظير موت الزاني من الجلب بخلاف مسئلة الغصب لان الرد لم يصح لان شرط  
صحته أن يردّها كما أخذها ولم يوجد فصار كما لو حلت في يد الغاصب وهنا الجبل لا يمنع من التسليم الى  
المشتري ثم ان تلف بعد ذلك بسبب كان الهالك به مستحقا عند البائع فيتنقص قبض المشتري فيه  
وان لم يكن مستحقا لا يتنقص ونوقض مسائل الأولى اذا اشترى جارية محبوبة فلم يردّها حتى ماتت عند  
الجنى لا يضاف الى السبب السابق حتى لا يرجع بكل الثمن بل بالنقصان مع ان موتها بسبب الجنى التي  
كانت عند البائع وثانها اذا قطع البائع أو غيره يد العبد ثم باعه ولم يعلم به المشتري فمات العبد منه عند  
المشتري يرجع بالنقصان لا بالثمن وثانها اذا زوج أمته البكر ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم  
بالسكاح ثم وطئ الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وان كان زوال البكارة بسبب كان عند البائع ورابعها  
لو زنى العبد عند البائع بخلاف في يد المشتري فمات منه لا يرجع على البائع بالثمن وان كان موته بسبب كان  
عند البائع وخامسها تسرق عند البائع فقطعت يده عند المشتري فسرى القطع فمات يرجع بنصف  
الثمن لا بكلمة وان كان موته بسبب كان عند البائع أجيب بأن الجارية لا تعوت بمجرد الجنى بل بزيادة الام  
وذلك بسبب آخر عند المشتري لافي يد البائع فليس مما نحن فيه وأما الثانية فلا أن البيع لما ورد على  
قطع البائع أو الاجنبى قطع سراية القطع لان السراية حق البائع فتقطع ببيع من له السراية وفيما نحن  
فيه السراية لغير من كان البيع منه فيمنع انقطاع السراية بالبيع وأما الثالثة فان البكارة لا تستحق  
بالبيع حتى لو وجد حائضا لا يتمكن من الرداد لم يكن شرط البكارة فعدمها من باب عدم وصف مرغوب  
فيه لاسن باب وجود العيب وعن الرابعة بأن المستحق هو الضرب المؤلم واستيفاء ذلك لا ينافى المالمية  
في الحمل وموته بذلك الضرب انما هو لعرض عرض في يد المشتري وهو خرق الجلاذ أو ضعف الجلود فلم  
تكن تلك الزيادة مستوفاة عند المستحق وأما الخامسة فقد تقدم جوابها من المبسوط (قوله ولو سرق في  
في يد البائع ثم في يد المشتري فتقطع بهما) أى بالسرقين جميعا (فعندهما يرجع بالنقصان) أى نقصان  
عيب السرقة الموجودة عند البائع (وعند أبي حنيفة) رحمه الله (ليس له أن يردّه بلارضا البائع  
للعيب الحادث) وهو السرقة عند المشتري والقطع بهما كقوله ما ولكن ان رضى البائع كذلك رده  
ورجع ثلثة ارباع الثمن وان لم يرض به أمسكه ويرجع ربع الثمن (لان اليد في الأدمى نصفه)  
في حق الاتلاف وقد تلفت بالسرقة في الكائنين عندهما فيه توزع نصف الثمن بينهما انصفين فيسقط  
ما أصاب المشتري فيرجع بالباقي ان رده بأن رضيه البائع وذلك ثلثة ارباع الثمن وربعه ان أمسكه  
بأن لم يرض البائع لان نصف النصف لم يشتري فيسقط عن البائع وهذا لان البائع انما قبله اقطع

وعن قوله سبب لتلف  
لا ينافى المالمية بأنه كذلك  
لكن استحقاق النفس بسبب  
التفليس والتلف متلف  
للمال في هذا الحمل لانه  
يستلزمه فكان بعدنى علان  
العادة وحسب قيام مقام العلة  
في الحكم فمن هذا الوجه  
صارت المالمية كأنها اشترى  
المستحقة وأما اذا مات في يد  
المشتري فتدبر والثن عليه  
لانهم يتم الاستحقاق في حكم  
الاستيفاء فلهذا اختلف في  
ضمنان المشتري واذا قتل  
فقد تم الاستحقاق ولا يبعد  
أن يظهر الاستحقاق في حكم  
الاستيفاء دون غيره كذلك  
من له القصاص في نفس  
من عليه القصاص لا يظهر  
الا في حكم الاستيفاء حتى  
لو قتل من عليه القصاص  
خطأ كانت الدية لورثته  
دون من له القصاص قال  
(ولو سرق في يد البائع ثم في  
يد المشتري الخ) اذا كان  
العبد المبيع سرق في يد  
البائع ثم سرق في يد المشتري  
فقطع بهما عندهما يرجع  
بالنقصان كما ذكرنا  
وعند أبي حنيفة لا يردده الا  
برضا البائع بالعيب الحادث  
وهو القطع بالسرقة الحادثة  
عنده ثم الامر لا يخلو من  
أن يتبدل البائع كذلك وأن  
لا يقبل فان لم يقبله يرجع  
المشتري على البائع بربع الثمن لانهم اقطع بالسيبين فيرجع بما يتبادل نصف اليد وان قبل يرجع  
بثلثة ارباع الثمن لان اليد نصف الأدمى وتلف باختيارين



وفي احدهما الرجوع على البائع فيقسم النصف عليهم اذ نصفين والنصف الآخر يرجع فيه على البائع فبرده العبد عليه فان قيل اذا حدث عند المشتري عيب ثم اطاع على عيب كان عند البائع فقبله البائع كذلك رجع المشتري عليه بجميع الثمن فلم يكن ههنا كذلك اوجب بان هذا على قول أبي حنيفة نظر الى جريانه مجرى الاستحقاق وما ذكرتم لا يتصرف فيه فان قيل الا تذكرون ما تقدم ان حكم العيب والاستحقاق يستويان قبل القبض وبعد في غير المكمل والموزون فما الذي اوجب الاختلاف ههنا بينهما قلنا بلى لكن ليس كلامنا الا ان فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والمعيب وما ينزل من منزلة الشيء لا يلزم ان يساويه في جميع الاحكام فعسى يكفي شهماين ما نحن فيه والاستحقاق كون العقد غير متناول لينة نقض القبض من الاصل لما مر آنفا قال ولولد اولته الايدي يعني بعد وجود السرقة من العيب في يد البائع اذا تداولته الايدي بالبياعات ثم قطع العبد في يد الاخير ترجع الباعة وهو جميع بائع كالحاكم بجمع هائل بعضهم على بعض عند أبي حنيفة كما في الاستحقاق لانه بمنزلة له وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه كما في العيب لانه بمنزلة له وهذا لان المشتري الاخير لم يصرح باسحابه (١٨١) ولا كذلك الا تذكرون فان البيع يمنع الرجوع

انقصان العيب لما تقدم (قوله وقوله في الكتاب) أي قول محمد في الجامع الصغير (ولم يعلم المشتري بفيد على مذهبهم اذ) هذا مجرى

وفي احدهما الرجوع فيمنصف ولولد اولته الايدي ثم قطع في يد الاخير يرجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله (في الكتاب ولم يعلم المشتري) يفيد على مذهبهم الا ان العلم بالعيب رضاه ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع

مجري العيب عندهما والعلم بالعيب رضاه ولا يفيد على مذهب أبي حنيفة في الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع الرجوع وقوله (في الصحيح) احتراز عما روى عن أبي حنيفة انه لا يرجع لان حل الدم من وجهه كاستحقاق ومن وجهه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فليشبه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشئ لانه انما جعل

معيب الامع ان يتحمل ما لم يشتري من النقصان بالسبب الكائن عنده بل يتوزع النقصان عليهما كما في الغاصب للعبد اذا سرق عنده ثم رده فسرقة عند المالك فقطع بالسرقة في الرجوع المالك على الغاصب بنصف القيمة (قوله ولولد اولته الايدي) بعد ان سرق عند البائع ثم تداولته الايدي عنده (ثم قطع عند الاخير) بتلك السرقة (رجع الباعة بعضهم على بعض) بالثمن (كما في الاستحقاق عند أبي حنيفة) لانه اجراء مجرى الاستحقاق ولا يخفى ان هذا اذا اختار الرد لانك علمت ان حكم المسئلة عنده انه بالتخييار بين ان يرد ويرجع بالكل أو يسكد ويرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن (وعندهما يرجع الاخير) الذي قطع في يده (على بائعه) بالنقصان (ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب) اما رجوع الاخير فلا لانه لم يبعه لم يصرح باسحابه مع إمكان الرد بالعيب وعلمت ان بيع المشتري للعيب حبس للمبيع سواء علم بالعيب أو لم يعلم فلا يمكنه الرد بعد ذلك وقوله (في الكتاب) أي الجامع الصغير (ولم يعلم به) أي وقت البيع ولا وقت القبض (يفيد على قولهما) لانه عيب (والعلم بالعيب) عند البيع أو القبض (مسقط للرد والارش) وأما عنده فعنه روايتان في رواية كقولهم فلا يرجع اذا علم بالاستحقاق يده أو نفسه قال المصنف (تبع الشمس الاثمة الصحيح) انه يرجع وان علم بسرقة أو باحدا دمه وقت البيع أو القبض لان هذا بمنزلة الاستحقاق من وجهه والعيب من وجهه فليشبه بالاستحقاق قلنا يرجع بكل الثمن اذا لم يعلم ولشبهه بالعيب لا يرجع عند العلم بشئ عملا بالشبهين ونظر فيه بعضهم بان هذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن وكونه أجرى مجرى الاستحقاق

هذا كاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به واشتراه وقال شمس الاثمة اذا اشتراه وهو يعلم بحمل دمه في أصح الروايتين عن أبي حنيفة يرجع بالثمن أيضا اذا قبل عنده لان هذا بمنزلة الاستحقاق وقال فخر الاسلام الصحيح أن الجهل والعلم سواء لانه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قيل فيه نظر لاننا سلمنا أن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن لاننا سلمنا أن العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن ولكنه أجرى مجرى الاستحقاق ونزل منزلته لاحقيقته لان في حقيقته يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعا سواء كان عالما بذلك أو جاهلا قبل القبض أو بعده وههنا لا يبطل البيع والجواب أن كونها أصح أو صحيحة يجوز أن يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال ويجوز أن يكون من حيث الدليل

(قوله والنصف الاخر الخ) أقول يعني الذي لم يتلف (قوله فان قيل الى قوله يستويان) أقول يعني ما تقدم بورقة تخميننا وهو قوله وتنبه كلام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سمين (قوله لينة نقض القبض من الاصل لما مر آنفا) أقول يعني ما تقدم بصحيفة تخميننا وهو قوله فيمنع نقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله (قوله قيل فيه نظر) أقول أي فيما قاله فخر الاسلام (قوله والجواب ان كونها أصح أو صحيحة) أقول لا يخفى عليك ان نزاع القائل انما هو في صحة الدليل فالامساح لجوابه الاول فليأتنا مل

وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع لانهم صرحوا انه بمنزلة العيب او انه عيب من وجهه واذا كان كذلك فلا يلزم ان يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فاجرى مجراءه قال (ومن باع عبدا بشرط البراءة من كل عيب) البيع بشرط البراءة عن كل عيب صحيح سمي العيوب وعددها ولا علمه البائع أو لم يعلمه وقف عليه المشتري أو لم يقف أشار اليه أو لا موجودا كان عند العقد والقبض أو حدث بعد العقد قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف في روايته وقال محمد لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول زفر والشافعي ومالك وقال زفر اذا كان مجهولا صح البيع وفسد الشرط (وقال الشافعي لا تصح البراءة من كل عيب) ما لم يقل من عيب كذا أو من عيب كذا وكان ابن أبي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد سئل هذه المسئلة بنسبه وبين أبي حنيفة في مجلس أبي جعفر الدوانيقي فقال له أو حنيفة رأيت لو باع جارية في المأني منها عيب كان يصح على البائع أن يرى المشتري ذلك الموضع (١٨٢) منها رأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين باع عبدا رأسه ذكره برص

(قال ومن باع عبدا بشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يردده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها) وقال الشافعي لا تصح البراءة بناء على مذهبه ان البراءة عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في البراءة معنى التملك حتى يرتد بالرد وتلك المجهول لا يصح ولنا أن الجهالة في الاسقاط لا تنفي الى المنازعة وان كان في ضمنه التملك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة لا يخرج عنه كونه عيبا (قوله ومن باع عبدا الخ) ليس العبد ببيع فان البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح في الحيوان وغيره وبيرأ البائع به من كل عيب قائم وقت البيع معلوم له أو غير معلوم ومن كل عيب يحدث الى وقت القبض أيضا خلافا لما وجد في الحادث واجتوا ان البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به لا يدخل الحادث في البراءة وللشافعي قول قولنا وقول انه لا يبرأ من عيب أصلا وثالثا وهو الاصح انه يبرأ ويروي عن مالك يبرأ البائع في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه لما روي أن ابن عمر رضي الله عنهم ما باع عبدا من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجد زبده عيبا فأراد ردده فلم يقبله ابن عمر فترافعا الى عثمان رضي الله عنه فقال عثمان لابن عمر أتخلف انك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فردده عليه والفرق ان كتمان المعلوم تليس بخلاف غير المعلوم وأما في غير الحيوان فلا يبرأ من عيب ما قد ذكر المصنف خلافا مطلقا هو أحد أقواله قال وهذا (بناء على مذهبه ان البراءة عن الحقوق المجهولة لا يصح) فنصب الخلاف في المبني فقال (هو يقول في البراءة معنى التملك ولهذا يرتد بالرد) حتى لو أبرأ من له الدين مذنبه فردده المدين لم يبرأ وكذا لا يصح تعليق البراءة عليه من معنى التملك (وتملك المجهول لا يصح) ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر لانه لا يدري أن المبيع على أي صفة هو ولانه شرط على خلاف مقتضى العقد لان مقتضاه سلامة المبيع فهو كشرط عدم المالك ولنا ان البراءة اسقاط حتى يتم بلا قبول كالطلاق والعناق بأن طلاق نسوته أو أعتق عبيده ولم يدركهم هم ولا أعينهم كأن ورث عبيدا في غير بلد أو وزوجه ولية صغيرا قبله وهي في غير بلده ولذا لا يصح تملك الاعيان بلفظ البراءة ويصح البراءة بلفظ الاسقاط كان يقول اسقطت عنك ديني عليك والاسقاط لا يطل جهالة الساقط لان جهالته (لا تنفي الى المنازعة وان كان في ضمنه التملك) فانه يبرأ اثره في حقه

أكان يلزمه أن يرى المشتري ذلك وما زال حتى أخفاه وخفي الخليفة مما صنع به الشافعي يقول اذا باع بشرط البراءة من كل عيب فالبيع فاسد وفي قول آخر له البيع صحيح والشرط باطل بناء على مذهبه أن البراءة عن الحقوق المجهولة لا تصح لان في البراءة معنى التملك ولهذا الزأبرأ المدين عن دينه فرد الارباء لم يصح الارباء وتملك المجهول لا يصح ولنا أن الارباء اسقاط لا تملك لانه لا يصح تملك العين بهذه اللفظة ويصح الارباء بأسقطت عنك ديني ولأنه يتم بلا قبول والتملك لا يتم بدونه والاسقاط لا تنفي الجهالة فيه الى المنازعة لان الجهالة انما أبطلت التملكات لقوت التسليم

الواجب بالعقد وهو لا يتصور في الاسقاط فلا يكون مبطالا ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم وقوله (وان كان في ضمنه التملك) إشارة الى الجواب عن قوله يرتد بالرد وتقرر به أن ذلك لم ينافيه من معنى

(قوله وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع) أقول أنت خير بان منع السند مما لا يجوز له أحد فقوله ممنوع خارج عن الآداب وجوابه ان المنع متوجه الى ما جعله المعارض مبني لمنعه لا الى سنده وبينهما فرق في الكلام في صحة المنع بعد اقامة الدليل على المقدمة الممنوعة بدون التعرض لدليله فليتأمل ثم أقول يفي ههنا شيء آخر وهو أن كونه عيبا لا يمكن أن ينافي فيه لظهور صدق تعريضه عليه وبإضافة الفقهاء اعتبار الشبهة من وجهاة الجهتين وليس في الدلائل المتقدمة ما يقتضي الغاء جهة العيب ولم يقل المعارض ان حكمه حكم العيب من كل وجه كما لا يخفى (قوله رأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين الخ) أقول ليس في هذا كثرة شناعة اذ لا يلزم رؤية البائع والمحكي انه لو اشترى بعض حرم أمير المؤمنين عبدا كذا كان يلزمه أن يرى ذلك (قوله ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم) أقول بأن زوج أولياءه في صغره نسوة لا يعلم كم هن والله أعلم

إذا باع قفيزا من صبرة فلان  
لا يبطل الاسقاط الذي فيه  
معنى التبليغ والمسقط

متلاش لا يحتاج الى التسليم

أولى ووجه قول محمد أن

البراءة تتناول الثابت حال

البراءة لأن ما يحبس مجهول

لا يعلم أيحدث أم لا وأي

مقدار يحدث والثابت

ليس كذلك فلا يتناول

وأبو يوسف يقول الغرض

من الإبراء الزام العقد

باسقاط حق المشتري عن

صفة السلامة لمقدر على

التسليم الواجب بالعقد

وذلك بالبراءة عن الوجود

والحدث فإن قيل لو نص

بالحدث فقال بيع بشرط

البراءة عن كل عيب أو

ما يحدث فالبيع فاسد

بالاجماع والحكم الذي يفرض

تنصيصه كيف يدخل في

مطلق البراءة قلنا لا نسلم

الاجماع فإنه ذكر في الذخيرة

أنه يصح عند أبي يوسف خلافا

لمحمد سلمناه ولكن الفرق لأن

ظاهر لفظه ههنا يتناول

العيوب الموجودة ثم يدخل

فيها ما يحدث قبل القبض

تجاوز قد يدخل في التصرف

تبعا ما لا يجوز أن يكون

مقصودا والجواب عن قوله

أن ما يحدث مجهول أن

مثله من الجهالة غير مانع

في الاسقاط كما تقدم (قوله

ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف وقال محمد رحمه الله  
لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رحمه الله لأن البراءة تتناول الثابت ولا يبي يوسف أن الغرض الزام  
العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

رده وعدم تعليقه بالشروط فانتفى المانع ووجد مقتضى وهو تصرف العاقل البالغ باسقاط حقوقه  
بخلاف التبليغ فإن جهالة المملك فيه تمنع من التسليم فلا ترتب فائدة التصرف عليه أما الاسقاط فإن  
الاسقاط متلاشي فلا يحتاج الى تسليم فظهر أن المبطل لتمام الجاهل ليس الجهالة بل عدم القدرة على  
التسليم ولذا جاز بيع قفيز من صبرة وانما امتنع بيع شاة من قطيع للنازعة في تعيين ما يسلمه للتفاوت  
وأما عدم التهمة في قوله أبرأت أحد كما في جهالة من له الحق كالم يصح قوله لرجل على أنف وصح فلان على  
شيء ويزم بالتعيين على أن من المشايخ من أجازه وأزمه بالتعيين كطلاق أحدى زوجتيه وجه المختار  
أن الطلاق بعد وقوعه لاجهالة فيه وكذا العتاق لمن له الحق لأنه الله تبارك وتعالى ولذا لو اتفقا على إبطاله  
لم يبطل ويدل على ما قلناه حديث علي رضي الله عنه حين بعته النبي صلى الله عليه وسلم ليصلح بين بني  
خزاعة وذلك أنه صلى الله عليه وسلم بعث أبا خالد بن الوليد فقتل منهم قتلى بعدما اعتصموا بالسجود  
فدفع صلى الله عليه وسلم إلى علي مالا فوداهم حتى مبلغه الكعب وبقي في يده مال فقال هذالك  
مما لا تعلمون ولا يعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسر به وهو  
دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة وروى أن رجلا اختصم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في  
موارث درست فقال صلى الله عليه وسلم استمأوتوا خيالي الحق وليحل كل واحد منكم كما صاحبه وفيه  
اجماع على السلمين لأن من حضره الموت في كافة الأعصار استحل من معاملته من غير تكبير والمعنى  
الفقهى ما ذكرنا والغرور والله أعلم إجماع خلاف الثابت ومنه ولد المغرب للغرور بجزية امرأة  
ليزوجها وليست حرة وحين شرط البراءة من العيوب فقد نهى على إجماع العيوب وبقائه في يده ما لم يغره  
وقوله شرط يتأني مقتضى العقد وهو السلامة قلنا يوافق مقتضاه وهو لزوم وكون السلامة  
مقتضاه أن اردت العقد المطلق سلمناه أو المقيّد بشرط البراءة من العيوب أن كانت منعناه والازم أن  
لا يصح شرط البراءة من العيوب المسماة أن ظهرت وجوازها اتفاقا وقوله (ويدخل في هذه البراءة)  
يعني البراءة المذكورة في الكتاب فإن الإشارة إليها هي البراءة من كل عيب واحتز بالإشارة المذكورة عن  
البراءة من كل عيب به وقد ذكرنا أنه لا يبرأ عن العيب الحادث بالاجماع والمراد بقوله (في قول أبي يوسف)  
ظاهر الرواية عنه وهو قول أبي حنيفة (وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر) والحسن  
ابن زياد والشافعي ومالك ورواية عن أبي يوسف (لأن البراءة تتناول الثابت) فتنصرف إلى الموجود عند  
العقد فقط (ولا يبي يوسف أن) الملاحظ هو المعنى والغرض ومعنا أن (الغرض) من هذا  
الشرط (الزام العقد باسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة) ليزم على كل حال ولا يطلّب البائع  
بجمال (وذلك بالبراءة عن كل عيب) بوجب المشتري الرد والحادث بعد العقد كذلك فاقضى القرض  
المعلوم دخوله وأورد أنه ذكر في شرح الطحاوي أنه لو صرح بالبراءة من العيب الحادث لم يصح بالاجماع  
فكيف يصح من أبي يوسف ادخال الحادث بلا تنصيص وهو مع التنصيص عليه يبطله أجيب بفتح  
أنه اجماع بأن في الذخيرة إذا باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح  
عند أبي يوسف خلافا لمحمد وذكر في المبسوط في موضع آخر لرواية عن أبي يوسف فيما إذا نص على  
البراءة من كل عيب حادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عند اعتبار أنه يقيم السبب وهو العقد مقام  
العيب الموجب الرد ولئن سلمنا فالفرق أن الحادث يدخل تبعا لتقريره عن غير ما وكم من شيء لا يثبت  
مقصودا ويثبت تبعا ولو اختلفا في عيب أنه حادث بعد العقد أو كان عنده لا أثر له عند أبي يوسف

العيب على أن يرى من كل عيب به فإنه لا يبرأ عن الحادث بالاجماع لأنه لما قال به اقتصر على الموجود

## باب البيع الفاسد

وعند محمد القول قول البائع مع يمينه على العلم أنه حدث لان بطلان حق المشتري في الشئ ظاهر  
 بشرط البراءة وثبوت حق الفسخ بعيب حدث باطن فإذا ادعى باطن الباطن بطلان البيع فظاهر الا بطلان  
 وعند زفر القول للمشتري لانه هو المسقط لحقه فالقول في بيان ما سقط قوله (فروع) جميعا  
 البراءة شرط البراءة من كل عيب به أو خص ضرر بامن العيوب لم ينصرف الى الحادث بالاجماع ويصح  
 تخصيصه ولو شرطها من عيب واحد كشجرة فحدث عند المشتري عيب أو موت فاطلع على عيب آخر  
 كشجرة أخرى فأراد أن يرجع بالنقصان لا امتناع الرد بالعيب الحادث اعتبر أبو يوسف تفقح حصول  
 البراءة للبائع فجعل الخيار في تعيين العيب الذي يرد به اليه وجعل محمد للمشتري فيه بدأ به ما شاء ولا يخفى أن  
 هذا اذا لم يعين الشجرة المتبرأ منها عند البيع بل أبرأه من شجرة أو عيب ولو أبرأه من كل عيب ففقد  
 السركة والابانة والفجور وكذا روى عن أبي يوسف ولو أبرأه من كل عيب ففقد الداء ما في الباطن  
 في العادة وما سواه يسمى مرضا وقال أبو يوسف يتناول الكل. وتقدم أول الباب ذلك وفي جمع  
 التقاريق قطع الاصبع عيب والاصبعين عيبان والاصابع مع الكف عيب واحد ولو قبل في الزوب  
 يعيوبه يبرأ من الخروق وتدخل الرقع والرقع ولو تبرأ من كل سن سوداء تدخل الحراء والخضراء ومن  
 كل قرح تدخل القروح الدائمة وفي المحيط أبرأه من كل عيب بعينه فاذا هو اعور لا يبرأ لانه عديمها  
 لا عيب بها ولو قال أنا برى عن كل عيب الا باقسه برى من اباقه ولو قال الا باق فله الرد بالباقي ولو قال  
 أنت برى عن كل حق لي قبل ذلك دخل العيب هو المختار دون الدرك ولو قال المشتري ليس به عيب لم يكن  
 اقرارا بانتفاء العيوب حتى لو وجد به عيب ارده ولو عين فقال ليس باق صح اقراره ولو وجد به عيبا  
 فاصطلمها على أن يدفع أو يحط دينار اجاز ولو دفعه المشتري ليرد لم يحجز لانه باو وال عيب بطل الصلح  
 فيرد على البائع ما بذل أو حط اذا زال ولو زال بعد خروجه عن ملكه لا يرد. ولو صلحه بعد الشراء من كل  
 عيب بدرهم اجاز وان لم يجد به عيبا ولو قال اشترت منك العيوب لم يحجز وحذف الحروف أو نقصها أو  
 النقط أو الاعراب في المصحف عيب ولو وجد به عيبا فاصطلمها على أن يحط كل عشرة ويأخذ الاجني  
 بما وراء المحطوط ورضى الاجني بذلك اجاز وجاز حط المشتري دون البائع ولو قصر المشتري الثوب فإذا  
 هو مخترق وقال المشتري لا أدري مخترق عند القصار أو عند البائع فاصطلمها على أن يقبله المشتري  
 ويرد عليه القصار درهمما والبائع درهمما اجاز وكذا الوصلطلمها على أن يقبله البائع ويدفع له القصار درهمما  
 ويترك المشتري درهمما قبل هذا غلط وتأويله أن يضمن القصار أولا للمشتري ثم يدفع المشتري ذلك البائع  
 وفي المجتبى أدخل المشتري القدم في النار أو حدة المنشار أو حطب الشاة أو البقرة لم يرد سواء كان في المصرة  
 أو غيرها وفي المصرة يرد بقله اللبن عند الشافعي ومالك وأحمد وزفر ورأيه عن أبي يوسف والمصرة شاة  
 ونحوها سدد ضررها يجتمع لبنها ليطن المشتري انها كثيرة اللبن فإذا حلبها ليس لمردها عندنا وهل  
 يرجع بالنقصان في رواية الكرخي لا وفي رواية شرح الطحاوي يرجع لقوات وصف مرغوب فيه بعد  
 حدوث زيادة منفصلة وقيل لو اختيرت هذه الفتوى كان حسنا لغيره والمشتري بالتصريح ولو اغتر بقول  
 البائع هي حاوب فتبين خلافه بعد الولادة يرجع فكذا هنا ولو وقف الارض أو جعلها مسجدا ثم اطلع  
 على عيب امتنع الرد والجوع بالارث عند محمد وعند أبي يوسف يرجع بالارث ولو اشترى ضيعة مع  
 غلاتها فوجد عامية ردها في الحال لانه ان جمع غلاتها فهو رضاء وان تركها يرد اذا العيب قيمته الرد

باب البيع الفاسد

باب البيع الفاسد

## باب البيع الفاسد

البيع جائز وغير جائز والخائز ثلاثة أنواع بيع الدين بالعين وهو السلم وبيع العين بالعين وهو المقايضة وبيع

العين بالدين وهو البيع المطلق وغير الجائز ثلاثة أفرع باطل وناسد وهو بيع مال ليس بمال الخمر والمدرار  
والمعدوم كالمسكن في البين وغير مقدور التسليم كالأبق وموقوف حشره في الخلاصة في خمسة عشر بيع  
العبد والصبي المخبورين أي موقوف على إجازة المولى والاب أو الرضى وبيع غير الرشد موقوف  
على إجازة القاضي وبيع المرهون والمستأجر وما في هنار عنة الغير يتوقف على إجازة المرمم  
والمستأجر والمزارع فلو تفاخرا لإجازة أو رد الرهن لو فاء أو أبرأه أن يسلمه للمشتري وكذلك بيع  
البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري يتوقف على إجازة المشتري وقبل القبض في المنقول  
لا ينعقد أصلا حتى لو تفاخرا لا ينفذ وفي العتار على اختلاف المعروف وبيع المرتد عند أبي حنيفة  
والبيع برقه وبيع باع فلان والمشتري لا يعلم موقوف على العلم في المجلس وبيع فيه خيار المجلس وبمثل  
ما يبيع الناس وبمثل ما أخذ به فلان وبيع المال المخصوص ذكره محمدان أقر الغاصب أو جند والمخصوص  
منه ينفذ البيع وبيع مال الغير وانتم ما يتعلق بالمرهون والمستأجر والمخصوص ذكره أنه إذا رجع الرهن  
والمستأجر إلى الراهن والمؤجر بفسخ أو بغيره يتم البيع وكذا إذا أجاز المستأجر والمرممين فان لم يجز  
وطلب المشتري من الحاكم فسخ العقد فسخه والمشتري الخيار إذا لم يعلم الرهن والإجازة وقت البيع وكذا  
أن علم عند محمد وعند أبي يوسف أن علم ليس له حق الفسخ فقبل ظاهر الرواية قول محمد وقيل بل قول أبي  
يوسف وليس للمستأجر حق فسخ البيع بالاختلاف وفي المرمم خلاف المشايخ وليس للراهن والمؤجر  
حق الفسخ ولوهذا المخصوص قبل التسليم انتقض البيع وهو الأصح وقيل لأنه أخلف بدلا وروى  
بشر عن محمد وابن سماعه عن أبي يوسف أنه يجوز بقاء المشتري مقام المالك في الدعوى وعن أبي حنيفة  
روايتان وتقدم أن المزارعة والإجازة سواء أعنى سواء كان البذر منه أولا فان أجاز فلا أجر له وفي  
النوازل فلو أجاز المزارع فكلما نصيبين للمشتري وكذا في الكرم وإن كانت الأرض فارغة في المزارعة  
ولم تظهر الثمار في الكرم جاز البيع وبه أخذ المرممين في ذكره في المجتبى ثم وجه تقديم الصحيح عن الفاسد  
أنه الموصول إلى تمام المقصود فان المقصود سلامة الدين التي لها ثمرت العقود ولا يندفع الغالب  
والوصول إلى دفع الحاجة الدنيوية وكل منهما بالصحة وأما الفاسد فمخالفة للدين ثم أنه وإن أفاد  
المالك وهو مقصود في الجملة لكن لا يفيد تمامه إذ لم يقطع به حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن إذ  
لكل منهما الفسخ بل يجب عليه ثم لفظ الفاسد في قوله باب البيع الفاسد وفي قوله إذا كان أحد العوضين  
أو كلاهما محرما فالبيع فاسد مستعمل في الأعم من الفاسد والباطل فالشارحون على أن ذلك الفاسد  
أعم من الباطل لأن الفاسد غير المشروع بوصفه بل بأصله والباطل غير المشروع بواحد منهما ولا شك أنه  
يصدق على غير المشروع بواحد منهما أنه غير مشروع بوصفه وهذا يقتضي أن يقال حقيقة على الباطل  
لكن الذي يقتضيه كلام أهل الفقه والأصول أنه يباينه فأنهم قالوا إن حكم الفاسد إفادة الملك بطريقه  
والباطل لا يفيد أصلا فقايلوه به وأعطوه حكما يباين حكمه وهو دليل تباينهما وأيضا فإنه مأخوذ  
في مفهومه أو لازم له أنه مشروع بأصله لا بوصفه وفي الباطل غير مشروع بأصله فبينما تباين فان  
المشروع بأصله وغير المشروع بأصله متباينان فكيف يتصادقان اللهم إلا أن يكون لفظ الفاسد  
مستتر كائين الأعم والأخص المشروع بأصله لا بوصفه في العرف لكن نجهله مجازا عرفيا في الأعم لأنه  
خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوي ولذا يوجه بعضهم الإجماع بأنه يقال للحم إذا  
صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس بطل اللحم وإذا أنتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم فاعتبر معنى  
اللغة وإذا أدخل بعضهم أيضا في البيع الفاسد بشموله المسكر ولأنه فائت وصف الكمال بسبب وصف  
مجاور ثم الفاسد بالمعنى الذي يعم الباطل ثبت بأسباب منها الجهالة المفوضة إلى المفاوضة في المبيع أو الثمن  
فخرج شيوخه إلى كنية فقران الصبرة وعددا الدراهم فيما إذا بيع صبرة طعام بصبرة دراهم وبعدم ملك



تأخير غير الصحيح عن الصحيح لعله غير محتاج الى تبينه ولقب الباب بالفاسد وان كان مستحلا عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه والباطل هو ما لا يكون صحيحا اصلا ووصفا والفاسد هو ما لا يصح وصفه او كل ما أورث خلافا في ركن المبيع فهو مبطل وما أورثه في غيره كالتسليم والتسلم الواجبين به والاتفاق المقصود منه وعدم الاطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا انفصل المسائل المذكورة في الكتاب فيقول البيوع بالميتة لغسة وهو الذي مات حتف أنفه والدم والحار باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند أحد من له دين سماوى وانما قيدنا بقوله لغسة لتخرج المخنوقة وأمثالها كالجمر وسنة بالذبوحه في غير المذبح فان ذلك عندهم (١٨٦) بنزلة الذبيحة عندنا ولهذا اذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره المصنف في التجنيس

وان كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف أنفه فان بيعه فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بالام الاستغراق على عمومه في بياعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة وهي مبادلة المال بالمال فانه أى المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم عند بعض أهل الكفر وانما أولنا بذلك لانه مال عندنا بخلاف لكنه ليس بمتقوم لان الشرع أبطل تقويمها في حق المسلمين لئلا يتولوها كما أبطل قيمة الجوده بانفسرادها في حق المكيل والموزون ولو أراد بقوله عند بعض المسلمين لم يمتحج الى تأويل لكنه خلاف الظاهر

(واذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير وبكذا اذا كان غير مملوك كالخمر) قال رضى الله عنه هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيوع بالميتة والدم باطل وكذا بالحار لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند أحد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض المبيع للبائع والفساد بمعنى البطلان الا في السلم أو مع الملك لكن قبل قبضه ومنها الخمر عن التسليم أو التلم الا بضرر يكذب من سقف ومنها الخمر كضربة القانص والشرط الفاسد بخلاف الصحيح وتدخل فيه صفتان في صفقة كبيع كذا على أن يبيعه كذا والاتباع مقصودا كحيل الحيلة تدخل في عدم الملك وبيع الاوصاف كالية شاة حية يرجع الى ما في تسليمه ضررا لا يمكن شرعا الا ببيعها اذ في قطعها حية يحجز عن التسليم لانها تصير ميتة يبطل بيعها وكون البيع من البائع بما هو من جنس ثمن المتاع به وهو أقل منه قبل نقد الثمن وعدم التعيين في بيع كبيع هذا بقنز حنطة أو شعير مستدرك لدخوله في جهالة الثمن (قوله اذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير وبكذا اذا كان) أحدهما (غير مملوك كالخمر) هذا لفظ القدرى وقد ذكرنا أنفان لفظ فاسد يراد به ما هو أهم من الباطل لان أحد العوضين يصدق على كل من المبيع والثمن إما حقيقة أو تغنيا كقيل بناء على أن العوض خاص بالمبيع لانه يراد به المعوض ولا شك أن المبيع اذا كان محرما لا يصح فان كان ما لا فالبيع باطل بالخمر وكذا الثمن اذا كان محرما ميتة فهو باطل فاذا قال المصنف رحمه الله (هذه فصول جمعها) أى في حكم واحد وهو الفساد (والواقع ان فيها تفصيلا) يعنى ليس كلها فاسدة فان منها ما هو باطل وهذا مما يبين لك أن المعروض في عرف فقهاءنا التباين بين الباطل والفاسد فان الاعم لا يبنى عن الاخص قال (فنقول البيوع بالميتة والدم باطل) لافساد باجتماع علماء الامصار (وكذا بالخمر) بأن يجعل الميتة والحار ثوبا مثلا وذلك لانعدام ركن البيع الذى هو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند أحد يعنى من له دين سماوى فلذا كان البيع بالحار باطلا وان كان ما لا عند بعض الناس (و) أما (البيع بالخمر والخنزير) فافساد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه أى كلامنا بالخمر والخنزير (مال عند البعض) وهم أهل الذمة كما سيصرح به في وجه الفرق حيث قال انه مال لاهل الذمة لعلها عندهم وهذا من المصنف بقيد انقاء المالية عنها بالكلية في شرعنا وهو كذلك غاية الامر ان الاصطلاح على تسمية البيع بثمن هو مال في بعض الاديان فاسد وماليس ما لا في دين سماوى باطل وهذا سهل وانما الاشكال في جعل حكمه الملك فلنا فيه نظرن ذكره ان شاء الله تعالى ثم

(قوله ولقب الباب بالفاسد الخ) أقول ولعل الاولى أن يقال في وجه التاميم أراد

بالفساد المعنى الأعم للباطل لا المقابل له (قوله كالتسليم والتسلم الواجبين به) أقول ضميره به قال راجع الى البيوع قال المصنف (كالبيع بالميتة) أقول الميتة في اللغة وهو الذى مات حتف أنفه فلا يرد المخنوقة وأمثالها التي هي كاذبة عندهم حيث جاز بيعها فيما بينهم فانها ليست ميتة لغة وان كانت ميتة عندنا (قوله وعلى هذا الى قوله والبيع بالخمر والخنزير فاسد) أقول فيه بحث فان البيوع بالخمر والخنزير يقضى بصحته عند أهل الذمة فكيف تستقيم ارادة العموم وجوابه انه ليس محرما عندهم تأمل فان فيه ما لا يمتحج (قوله أى المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم الخ) أقول وأنت خير بأن قيدنا بقوله مما لا حاجة اليه في الثبات المطالب (قوله وانما اولنا بذلك) أقول أشار به الى قوله متقوم (قوله لانه مال عندنا بخلاف) أقول فلا وجه لتخصيص البعض

وقوله (والباطل لا يفيد ملك

التصرف) كأنه إشارة إلى الفرق بين الباطل والفاقد (والباطل لا يفيد ملك التصرف وما لا يفيد ملك

التصرف لا يفيد ملك

الرقبة فالباطل لا يفيد ملك

الرقبة (ولو هلك المبيع في يد

المشتري في الباطل يكون

أمانة عند بعض المشايخ)

أي أجد الطواويس وهو

رواية الحسن عن أبي حنيفة

نص على ذلك في السير

الكبير نقله أبو المعين في

شرح الجامع الكبير (لأن

العقد باطل والباطل

(غير معتبر) والقبض باذن

المالك فيكون أمانة (وعند

بعض آخر) شمس الأئمة

السرخسي وهو رواية ابن

سماعة عن محمد بن (يكون

مضمونا لأنه لا يكون أدنى

حالا من المقبوض على

سوم الشراء (لوجود صورة

العلة ههنا دون المقبوض

على سوم الشراء وفيه القيمة

فكذلك ههنا والمقبوض

على سوم الشراء هو أن

يسمى الثمن فيقول اذهب

بهذا فان رضيته اشتريته

بعشرة أما إذا لم يسم الثمن

فذهب به فهلك عنده

لا يضمن نص عليه الفقيه

أبو الليث في العميون قيل

وعليه الفتوى وقال محمد

ابن مسلمة البخني (الاول

قول أبي حنيفة والثاني

قولهما كما في بيع أم الولد

والمدبر على ما بينه ان شاء الله تعالى

والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ لأن العقد غير معتبر فبقى القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما في بيع أم الولد والمدبر على ما بينه ان شاء الله تعالى

قال (أما بيع الخمر والخنزير) يعني إذا جعل المبيعا (فان كان بالدين كالدرهم والدنانير فالباع باطل وان كان بعين) بيع المفاضلة (ففاقد والفرق أن الخمر مال) في الجملة في شرع ثم أمر باهانتها في شرع نسخ الاول وفي غلظه بالعقد مقصود اعزاز حيث اعتبر المقصود من تصرف العلاء بخلاف جعله غنما وإذا بطل كون الخمر مبيعا فلان يبطل إذا جعل المبيعة والخمر مبيعا أولى ومقتضى هذا أن يبطل في المفاضلة بطريق أولى لأن كلاً منهما مبيع لكن لما كان كل منهما غنماً أيضاً كان كلاً منهما مبيع ثبت صحة اعتبار الثمن والمبيعية في كل منهما فاعتبر الخمر غنماً والثوب مبيعاً والعكس وان كان يمكن الكسب ترجيح هذا الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من تصحيح تصرف العلاء المكلفين باعتبار الاعزاز للثوب مثلاً فيبقى ذكر الخمر معتبراً لا عزاز للثوب لا الثوب للثوب فوجب قيمة الثوب لا الخمر ولا فرق بين أن تدخل الباء على الثوب أو الخمر في جعل الثوب المبيع وجه البطلان في بيع هذه الاشياء النص لقوله صلى الله عليه وسلم عن الله تعالى ثلاثة أنا خصمهم يوم القيمة رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حراً فكل عنده ورجل استأجر اجيراً فأسستوفى منه ولم يعطه أجره ومعنى أعطى بي أعطى ذمة من الذمات ذكره في صحيح البخاري وقوله صلى الله عليه وسلم في الصحيح عن الله الخمر إلى أن قال وبائعها وفي الصحيحين لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجمعوا هاهنا فباعوها فآبأوا بها وكأنتن ما وجدن الله تعالى إذا حرم شيئاً حرم عنه وأما الإجماع فظاهر ثم المراد بالمبيعة التي يبطل العقد بها وعليها التي ماتت حتف أنفها أما المخنقة والموقوذة فهى وان كانت في حكم المبيعة شرعاً فإنا نحكم بجوازها إذا وقعت بينهم لانهم مال عندهم كالخمر كذا ذكره المصنف في التجنيس مطلقاً عن الخلاف وفي جامع الكرخي يجوز بينهم عند أبي يوسف خلافاً لمحمد وجه قول محمد ان أحكامهم كاحكامنا شرعاً إلا ما استثنى بعد الامان والذي استثنى الخمر والخنزير فيسقي ما سوى ذلك على الاصل وانفق الرواة عن أبي حنيفة ان بيع الاسيرة المحرمة تجوز لان الخمر ومنعاجواز كل ما حرم شرعاً وثبت الضمان على القوانين فرع الاختلاف في جواز البيع وقوله في الذخيرة ونحوها البيع فاسد لا باطل صحيح لانها وان كانت مبيعة عندنا فهي مال عند أهل الذمة فيجب أن البيع فاسد فكانت كالخمر (الباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه) أى في البيع الباطل (يكون أمانة عند بعض المشايخ) هو أبو نصر بن أحمد الطواويس وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة (لأن العقد غير معتبر فبقى) مجرد (القبض باذن المالك) وذلك لا يوجب الضمان (وعند البعض) كشمس الأئمة السرخسي وغيره (يكون مضمونا) بالمثل أو القيمة وهو قول الأئمة الثلاثة (لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما ك) الخلاف السائد بينهم في (أم الولد والمدبر) اذا بيعا فاعتاد المبتدئ لا يضمن ما عند أبي حنيفة ويضمنهما عندهما والمقبوض على سوم الشراء هو المأخوذ ليس يضمن مع تسمية الثمن بل ابرام بيع كان يقول اذهب به هذا فان رضيته اشتريته بعشرة فاذا هلك ضمن قيمته فاذا ضمن هذا مع انه لم يوجد فيه صورة العلة فلان يضمن فيما نحن فيه مع انه وجد ذلك أولى ولن ينصر المروي عنه من عدم الضمان ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء ان قلت انه عند صحة كون المسمى غنماً كالدرهم على ما ذكرنا من قوله ان رضيته اشتريته بعشرة سلمناه وهو منتف في تسمية الخمر كالخمر وان قلت عند التسمية مطلقاً منعاه فيجب تفصيله وهو انه ان كان البطلان لعدم مالية الثمن أصلاً لا يضمن وان كان لعدم المبيع كالمواضع على انه

والفاسد يفيد الملك عند اقاله القبض به أي اذا كان ذلك القبض باذن المالك بانفاق الزوايا وأما اذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس  
فغيره اذن البائع ذكر في المأذون انه لا يملك ان يرد ذلك محمول على ما اذا كان الفتن شيئاً لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير وأما اذا كان  
شيئاً يملكه فقبض الثمن منه يكرن اذ ناب لقبض فان قيل رأف اذ ذلك الملك جاز للمشتري وطعاً بانه اشتراه بشراً فاسداً وجاز ان أخذ الشفعة  
للمشقة في اذار المشتراة بشراً فاسداً ويحل لكل طعماء اشتراء كذلك لان الملك مطلق له لكن ليس له ذلك فالجواب ان ما لم يحل وطورها  
وأكله لم تثبت الشفعة فيمذكرت لان في الاشتغال بالمرطوع والاكل اعراضاً عن الرد في القضاء بالشفقة تقسیر الفساد وتأكسده فلا  
يحرز واعلم ان المشايخ اختلفوا في بيع جواز التصرف للمشتري في المشتري بشراً فاسداً فذهب العراقيون الى انه مبنى على تسليط  
البائع على ذلك لا على ملك العين واستدلوا بالمسائل المذكورة فالقول للمالك العين الملك الامور المذكورة ولم يملكها او ذهب مشايخ بلخ الى  
ان جواز التصرف بناء على ملك العين واستدلوا بما اذا اشترى داراً بشراً فاسداً وقبضها فبيع مجنبها داراً أخرى فلا يشتري أن يأخذها  
بالشفقة لنفسه ولو اشترى جارية بشراً فاسداً وقبضها ثم ردها على البائع وجب عليه الاستبراء ولو باع الاب أو الوصي عبد يقيم بغير فاسداً  
وقبضه المشتري ثم أعقبه جاز عققه ولو كان عققه على وجه التسليط لما جاز لان عققهما أو تسليطهما على العتق لا يجوز فعليه منه  
الاحكام انه تلك العين وأجابوا ( ١٨٨ ) عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قبل وهو الاصح واذا كان مفيداً

قال (وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد) أي باطل وانما فسر بذلك لثلاثتهم انه يفسد المالك بالنسبة القبض والامر بخلافه والدليل على ذلك ما ذكره بقوله لان استحقاق العتق قد ثبت الخ وتحققته ان بين استحقاق العتق ونسبة المالك بالبيع منافاة لان استحقاقه عبارة عن جهة حرية لا يدخل عليه الا بطلان وثبوت المالك بطلانها وأحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت لقوله صلى الله عليه وسلم اعتقها وادها فانتفى الخ لا يتأهل هو مسترول النادر لانه لا يندرج تحت حقيقة العتق وانتم تحتلونه على حقه فلا يصلح دليلا لان المجاز مراد بالاجماع وكذلك المناقاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق المدير في الحال وبين ثبوت المالك بالبيع لتنافي اللوازم لان المالك مع الحرية لا يجتمعان فكذلك سبب الحرية والبيع وأحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال لا يتلوه يمكن ثباته في الحال لكان إماما غير ثابت مطلنا أو ثابتا بعد الموت والاول باطل لانه يستلزم احتمال لفظ المستكلم العاقل البالغ والاعمال أولى وكذلك الثاني لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية ففي قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت احتجنا الى بقاء الاهلية والموت (١٨٩) ينافيها فعدت الضرورة الى القول

بانعقاد التدبير بسبب في الحال وتأخر الحكم الى ما بعد الموت وكذلك بين استحقاق المكاتب يداعلي نفسه لازمة في حق المولى وبين ثبوت المالك منافاة لكن استحقاق السيد لازمة في حق المولى ثابتة لانه لا يملك فسخ الكفاية بدون رضا المكاتب فينتفى الآخر وانما قيد بقوله في حق المولى لانها غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخها بتجيزه نفسه فان قيل لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الخروحيين بطل بيع الفن المضموم اليهم في البيع كالمضموم الى الحر والامر بخلافه فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء وبقائه عدم محلبة البيع أصلا بثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء

قال (وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد) ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه الصلاة والسلام اعتقها وادها وسبب الحرية بالبيع لطل بطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يداعلي نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت المالك بالبيع لطل ذلك كله فلا يجوز ولورضى المكاتب بالبيع فقيهه روايتان والظاهر الجواز والمراد المدير المطلق دون المقيّد وفي المطلق خلاف الشافعي رحمه الله وقد ذكرناه في العتاق

البيع الفاسد أي بين الوجه من الجانبين (قوله وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد) هذا لفظ القدوري قال المصنف (ومعناه باطل لان استحقاق الحرية بالعتق ثابت لكل منهم) بجهة لازمة على المولى بقوله صلى الله عليه وسلم لم في أم الولد (اعتقها وادها) وأقل ما يقتضيه هذا اللفظ ثبوت استحقاقها العتق على وجه الزوم وبتحجج التدبير شرعا وتحججه يوجب انعقاد التدبير بسبب العتق في الحال لانقضاء اهلية الاعتاق عن السيد بعد موته والاجماع على عتقه بعده بذلك اللفظ فيكون ذلك اللفظ سببا في الحال (والمكاتب استحق يداعلي نفسه لازمة في حق المولى) حتى لا يملك فسخ الكتابة (فلو ثبت المالك) للشترى (بالبيع بطل ذلك كله فلا يجوز) البيع وما لا يفسد المالك من البيع فهو باطل وذكر في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتق أمهات الاولاد من غير الثالث وقال لا يبعن في دين وحديث اعتقها وادها فتقدم في باب الاستيلاء وإذا كان أول ما يوجب هذا اللفظ ثبوت استحقاق الحرية على وجه لازم فالجواز مراد منه بالاجماع (ولورضى المكاتب فقيهه روايتان والظاهر جواز بيعه) وتنسخ الكتابة في ضمنه لان الزوم كان لحقه وقد رضى باسقاطه (والمراد) بالمدير (المدير المطلق) وتقدم خلاف الشافعي رحمه الله في جواز بيعه في كتاب العتاق أما المقيّد فجواز بيعه اتفاق واستشكل حكم المصنف بأن بيع المدير وأخويه باطل فانه يوجب كونهم كالحر ولو كانوا كالحر لطل بيع الفن اذا جتمع مع مدير أو أم ولد أو مكاتب كما اذا ضم الى حرو ومشتق بل يصح بيع الفن ويلزم مشترط ما حصته من الثمن المسمى وأجيب بأن المراد من قوله باطل أنهم لا يعملون بالقبض كما لا يملك الحر فكانوا أمثله فلو قال فاسد ظن أنهم يعملون وأما ملك الفن المضموم

باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقة الفرق بينهما وبين ولها جاز بيع أم الولد والمدير والمكاتب من أنفسهم ولوقضى القاضي بذلك نفذ قضاؤه وإذا كان كذلك دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلا في الجلالة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم بقى الفن بحصته من الثمن والبيع بالحصة بقاء جاز بخلاف الحر فانه لم يدخل لعدم محلبة لزم البيع بالحصة ابتداء وانه باطل على ما يجيء قال (ولورضى المكاتب بالبيع فقيهه روايتان والظاهر الجواز الخ) لان عدمه كان لحقه فلما أسقط حقه رضاه انفسخت الكتابة وجاز البيع وروى في النوادر انه لا يجوز والمراد من المدير هو المطلق دون المقيّد بالنفسير المار في التدبير وفي المطلق خلاف الشافعي

قال المصنف (وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد ومعناه باطل) أقول قال الزيلعي أي في حق نفسه لا فيما يقابلها انتهى فان ما يقابلها يملك بالقبض الا أنه يجيء في آخر هذا الباب ان البيع فيما ذكره موقوف (قوله لا يدخل عليها الا بطلان) أقول وللخصم أن ينازع فيه

وقد تقدم فيه وان ماتت أم الولد أو المديبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقال لا يجب عليه قيمته ما هو رواية عن أبي حنيفة وهذا ليس على ظاهره بل  
(١٩٠) الروايتان عنه في حق المديبر روى الملقى عن أبي حنيفة انه يضمن قيمة المديبر بالبيع

قال (وان ماتت أم الولد أو المديبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقال لا يجب عليه قيمته ما هو رواية عنه له ما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لأن المديبر والولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضمن اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يده نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به

اليهم فلدخولهم في البيع اصلاح حيثهم لذلك بدليل جواز بيع المديبر من نفسه ولذا الرقضي فاض يجوز بيعه نقد وكذا أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف في أصح الروايتين وهذا الجواب عما وقع أنه يبيع فاسدا ولكنه خص حكم الفاسد بعدم الملك بالقبض والحق أن لا حاجة الى الحكم بتخصيص فهو باطل وحكمه حكمه وجاز أن يختلف افراد نوع شرعي في الحكم الشرعي لخصوصية فان قيل التخصيص لازم على كل حال فانه ان كان فاسدا فلا يملك بالقبض فهو تخصيص وان كان باطلا فهو يدخل في البيع حتى يملك القن المضموم اليه وهذا تخصيص الباطل فليكن فاسدا مخصوصا من حكم الفاسد فلا حاجة الى تأويله بالبطل فلنا نحن لم نعط حكم الباطل انه لا يدخل في العقد بوجه يلزم تخصيصه ويتخذ اللازم على تقدير تأويل الفاسد بالبطل وعدمه انما قلنا حكمه ان لا يملك بالقبض غاية الامر أنه اتفق ان بعض ما هو مبيع باطل يدخل في العقد كالمديبر وبعضه لا يدخل كالحر وأصل السؤال فاسد لانه مغالطة لان قوله في الكبرى لو كان كالحريم يملك القن المضموم اليه ممنوع وانما يلزم لو كان مثله من كل الوجوه وهو منتف فصار حاصل الصورة لو كان باطلا كان كالحريم في بعض الوجوه ولو كان مثله في بعض الوجوه لم يملك القن المضموم وحينئذ قدم الاستلزام ظاهر (قوله وان ماتت أم الولد أو المديبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقال لا يجب عليه قيمته ما البائع وقولهما) هذا (رواية عنه) وفي النهاية ان الروايتين عنه في المديبر أم أم الولد باتفاق الروايات عنه لا يضمن المشتري ولا الغاصب قيمتهما اذا تقوّم لام الولد عنده وانما يضمن بما يضمن الصبي الحر اذا غصب ومعه انه اذا نقلها الى أرض مسبعة أو كثيرة الحيات فماتت به شحيرة أو اقتراس سبع فيها الدية على عاقلة الغاصب كما هو في غصب الصبي بشرطه أما المديبر فيضمن في البيع والغصب على روايته ما هذه (لهما) في ضمان المديبر وأم الولد (انهما مقبوضان بجهة البيع فيكونان مضمونين عليه) بالقبض (كسائر الاموال) المقبوضة على سوم الشراء (وهذا) أي كونه مامقبوضين بجهة البيع بسبب انهما يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضمن اليهما مما يصح تملكه وتعليكه واذا قبض بعد لفظ العقد عليه وهو فيما يصح ان يباع في الجملة على ما ذكرناه من قريب فهو مقبوض بجهة البيع (بخلاف المكاتب لانه في يده نفسه) لانه حر يد فلا يضمن بقبضه على اخذ الروايتين أعنى التي تبطل بيعه وان دخل تحت البيع اذا ضم اليه القن فلا يتحقق في حقه القبض (وهذا الضمان بالقبض) وقد يجعل المديبر اليه بقوله وهذا كونهما مضمونين بالقبض وما صرنا اليه أحسن ان شاء الله تعالى لان المذكور بعده دليل للشار اليه وكونهما مضمونين بالقبض يصح تعليقه بما قبله من كونه مامقبوضين بجهة البيع فيناسب كون التعليق بالمال يعمل اذا صلح له وهو صالح بل انصابه ليس الاعليه فانه دعوى انه مقبوض بجهة البيع بيان أنه يدخل تحت البيع وأما كونه مقبوضا ففرض وقوعه حسا وأما تفسير المقبوض بجهة البيع بأنه المقبوض ليس يضمن بعد القبض ان وافقه فالوضع لم ان لا يضمن لان ما يضمن المشتري بعد القبض أن وافقنا ل قبض بعد الموافقة وانما البيع برعهم فالمد كونه مقبوضا على سوم الشراء فلا يكونان مضمونين بجهة البيع فلا يضمنان فالحق ان المقبوض أعظم من ذلك وهو مما صدقات المقبوض بجهة البيع

كما يضمن بالغصب وأما في حق أم الولد فانفتحت الروايات عن أبي حنيفة انه لا يضمن بالبيع والغصب لانها لا تقوم لما يمتدوا الفرق لابي حنيفة بين ضمان الغصب في المديبر وضمان بيعه في غير رواية الملقى ان ضمان البيع وان أشبه ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لان الملك انما يثبت بهذا الاعتبار فاذا لم يكن محلا للبيع انهدرت هذه الجهة فبقى قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان له ما انه أي كل واحد منهم ما من المديبر وأم الولد مقبوض بجهة البيع لان المديبر وأم الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك بالضم اليهما في البيع كما هو آنفا وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال المقبوضة على سوم الشراء فان قيل لو كان الدخول تحت البيع وملك ما يضمن اليه موجبا للضمان لكان في المكاتب كذلك أجاب بقوله بخلاف المكاتب لانه في يده نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه ان المدار هو القبض لا الدخول في العقد وملك المضموم

قال المصنف (وقال عليه قيمته ما هو رواية عنه) أقول قوله وهو أي تضمين قيمة المديبر دون أم الولد في كلامه تساهل وسيجيء في باب كتابة العبد المشتري من الاكل وغيره ان في تقويم أم الولد روايتين عن أبي حنيفة



ولا يحرر من المأخوذ الملقى في الخطيرة والمجتمعة بنفسه ليس يدخل فيه وفيه إشارة إلى أنه لو سدد صاحب الخطيرة عليهم ملكها ما مجرد  
لا اجتماع في ملكه فلا كمالواض الطير في أرض انسان أو فرخت فانه لا يملك لعدم الاراز لا يشكل عبا اذا غسل النحل في أرضه فانه يملكه  
مجرد اتصاليه بملكه من غير أن يحرره أو يهيئ له موضعا لان العسل انذاك قائم بأرضه على وجه القرا وفصار كالشجر النابت فيها بمختلف  
بيض الطير وفرخها والسمك المجتمعة بنفسه فانه ليس فيها على وجه القرار

ولا يحرر من المأخوذ الملقى في الخطيرة والمجتمعة بنفسه ليس يدخل فيه وفيه إشارة إلى أنه لو سدد صاحب الخطيرة عليهم ملكها ما مجرد  
لا اجتماع في ملكه فلا كمالواض الطير في أرض انسان أو فرخت فانه لا يملك لعدم الاراز لا يشكل عبا اذا غسل النحل في أرضه فانه يملكه  
مجرد اتصاليه بملكه من غير أن يحرره أو يهيئ له موضعا لان العسل انذاك قائم بأرضه على وجه القرا وفصار كالشجر النابت فيها بمختلف  
بيض الطير وفرخها والسمك المجتمعة بنفسه فانه ليس فيها على وجه القرار

وله أن جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالكاتب  
وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كالمشتري  
لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا قال (ولا يجوز بيع  
السمك قبل أن يصطاد) لانه باع ما لا يملكه (ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد) لانه غير مقدور  
التسليم ومعناه اذا أخذه ثم ألقاه فيه اولو كان يؤخذ من غير حيلة جازا لا اذا اجتمعت فيها بأنفسهم ولم يستد  
عليها المدخل لعدم الملك

فالمقبوض بجهة البيع يصدق على المقبوض في البيع الصحيح والناسد والباطل وعلى سوم الشراء  
وذلك التفسير يخص المقبوض على سوم الشراء وما نحن فيه ليس مقبوضا على سوم الشراء والاصار  
الاصل عين الفرع فالمقبوض على سوم الشراء هو الاصل فيما نحن فيه والمقبوض بالعقد الباطل هو  
الفرع الملحق (وله أن جهة البيع انما تلحق بحقيقة البيع فيما يقبل حقيقته) أي حقيقة حكمه وهو  
الملك لان ضمان القيمة في البيع انما هو مقابل عاكس المبيع فلا بد من اعتبار جهة البيع ولا ملك  
منصوره ناعم اعتبار جهة بيعه فبقى مجرد قبض باذن المالك فلو أوجبناها كان عدوانا محضا بخلاف  
ضمان العصب في المديبر عنده فانه لا يستدعي ذلك الاعتبار فكان مجرد القبض بغير اذن المالك وهنا  
الاذن موجود ودخوله ما في البيع ليس الا لثبت حكمه فيما ضم اليه ما فقطع انتفاء المانع وهو عدم  
الصلاحية لما ذكرنا من ثبوتها من قريب (فصار كالمشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده) ويدخل  
اذا ضم البائع اليه مال نفسه وباعه ماله صفقة واحدة حيث يجوز البيع في المضموم بالحصص من الثمن  
المسمى على الاصح وان كان قد قبل انه لا يصح أصلا في شيء واذا قسم الثمن على قيمتي المضموم وأم الولد  
والمديبر فاعلم أن قيمة أم الولد ثلث قيمته اقله وقيمة المديبر ثلثا قيمته قنا وقيل نصفها وبه يفتى وتقدم ذلك  
في العناق (قوله ولا يجوز بيع السمك في الماء) بيع السمك في البحر أو النهر لا يجوز فان كانت له حظيرة  
فدخلها السمك فاما أن يكون أعدها لذلك أولا فان كان أعدها لذلك فادخلها ملكه وليس لاحد أن  
يأخذها ثم ان كان يؤخذ من غير حيلة اصطيدا جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم مثل السمكة في حب وان لم  
يكن يؤخذ الا بحيلة لا يجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع وان لم يكن أعدها لذلك لا يملك  
ما يدخل فيها فلا يجوز بيعه لعدم الملك الا أن يسد الخطيرة اذا دخل فحينئذ يملكه ثم ينظر ان كان يؤخذ  
بلا حيلة جاز بيعه والا لا يجوز ولو لم يسهل ذلك ولكنه أخذه ثم أرسله في الخطيرة ملكه فان كان  
يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم أو بحيلة لم يجز لانه وان كان مملوكا فليس مقدور  
التسليم وقال أبو يوسف في كتاب الخراج رخص في بيع السمك في الأبحار أقوام فكان الصواب عندنا  
في قول من كرهه حدثنا العلاء بن المسيب بن رافع عن الحارث العكلي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه  
قال لا تباعوا السمك في الماء فانه غرر وأخرج مثله عن ابن مسعود ومعلوم أن الاجرة قد يؤخذ منها  
السمك باليد والغرر الخطر وغير المملوك على خطر ثبوت الملك وعدمه فلذا جعل من بيع الخطر  
﴿فروع﴾ من مسائل التهيئة حفر حفرة فوقع فيها صيد فان كان اتخذها للصيد ملكه وليس لاحد  
أخذه وان لم يتخذها له فهو لمن أخذه نصب الشبكة للصيد فتعلق بها صيد ملكه فلو كان نصبها ليحفظها

استثنى من المأخوذ الملقى في الخطيرة والمجتمعة بنفسه ليس يدخل فيه وفيه إشارة إلى أنه لو سدد صاحب الخطيرة عليهم ملكها ما مجرد  
لا اجتماع في ملكه فلا كمالواض الطير في أرض انسان أو فرخت فانه لا يملك لعدم الاراز لا يشكل عبا اذا غسل النحل في أرضه فانه يملكه  
مجرد اتصاليه بملكه من غير أن يحرره أو يهيئ له موضعا لان العسل انذاك قائم بأرضه على وجه القرا وفصار كالشجر النابت فيها بمختلف  
بيض الطير وفرخها والسمك المجتمعة بنفسه فانه ليس فيها على وجه القرار

قال (ولا يجوز) بيع الطير في الهواء) بيع الطير على ثلاثة أوجه الأول بيعه في الهواء قبل أن يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك والثاني بيعه بعد أن أخذه وأرسله من يده وهو أيضاً لا يجوز لأنه غير مقدور التسليم والثالث بيع طير يذهب ويحيى كالجمام وهو أيضاً لا يجوز في الظاهر وقد كرى فتاوى قاضيان (١٩٣) وإن باع طيراً له يطير في الهواء أن كان داخلياً يعود إلى بيته وبقدر على أخذه من غير تكلف جاز

بيعه والا فلا (ولا يجوز) بيع (الجل) أي الجنين (ولا نتاج الجل) وهو جبل الجبل وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الجل وجبل الجبل والنتاج في الأصل مصدر نتجت الناقة بالضم ولكن أريد به المنتوج ههنا والجل مصدر جبلت المرأة حبلاً فهي حبلى فسمي به المحمول كما سمي بالجل وانما دخلت عليه التاء اشعاراً بمعنى الآتية فيه قبل معناه أن يبيع ما سوف يحمله الجنين أن كان أنثى وكانوا في الجاهلية يعتادون ذلك فأبطله رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن فيه غرراً وهو ما طوى عنه علمه قال المغرب في الحديث نهى عن بيع الغرر وهو الخطر الذي لا يدري أي يكون أم لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء قال (ولا البين في الضرع الغرر الخ) وبيع اللبن في الضرع لا يجوز لوجه ثلاثة للغرر لجواز أن يكون الضرع منتفخاً يظن لبناً والغرر منهى عنه والزراع في كيفية الحلب فإن المشتري يستقصى في الحلب والبائع يطالبه بأن يترك داعية اللبن ولأنه يزاد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها

قال (ولا بيع الطير في الهواء) لأنه غير مملوك قبل الأخذ وكذا لو أرسله من يده لأنه غير مقدور التسليم قال (ولا بيع الجل ولا النتاج) انتهى النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الحبل وحبل الحبلية ولأن فيه غرراً ولا البين في الضرع الغرر) فعساه انتفاخ ولأنه يتازع في كيفية الحلب وربما يزاد فيحتلط المبيع بغيره قال (ولا الصوف على ظهر الغنم) لأنه من أوصاف الحيوان ولأنه يثبت من أسفل فيحتلط المبيع بغيره بخلاف القوائم

من بلل فتعلق به إلا عليه وهو من يأخذه الآن يأتي فيسوزه ومثله إذا هيا جمره لوقوع النار فيه ملك ما يقع فيه ولو وقع في جمره ولو لم يكن هياً لذلك فلا واحد أن يسبق فأخذه ما لم يكف جمره عليه وكذا من هياً مكاناً للسرقين فله ما طرح فيه عند البعض وفي فتاوى الفضلي خلاف هذا قال أهل سكة يرمون في ساحة رجل الرماد والتراب والسرقين هول من سبق سواء هياً المكان له أولاً أما النحل إذا غسل في أرض إنسان فهو له بكل حال لأنه ليس صمداً بل قائم بأصله بأرضه كالشجر والزرع والبيض كالصبي وكذا الفرخ لا يملك إلا بعد ادراك المكان لذلك (قوله ولا يبيع الطير في الهواء لأنه قبل أخذه غير مملوك) وبعد أخذه وأرسله غير مقدور التسليم عقيب العقد ثم لو قدر على التسليم بعد ذلك لا يعود إلى الجواز عنده ما يخرج وعلى قول الكرخي يعود وكذا عن الطحاوي وكذا الحكم فيما إذا جعل الطير غنماً لأن العين المجمولة تنسب مبيع في حق صاحبه وذكر الترمذ في لو باع طيراً يذهب ويحيى كالجمام فالظاهر أنه لا يجوز وفي فتاوى قاضيان وإن باع طيراً له يطير أن كان داخلياً يعود إلى بيته وبقدر على أخذه بل لا تكلف جاز بيعه والا فلا وقول المصنف فيما يأتي والجمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مقدور التسليم وفاقه (قوله ولا الجل) بسكون الميم مافي البطن من الجنين (ولا النتاج) لما في الصبيح والسنن عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع جبل الحبلية وكان يبيعها بتاعه أهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزو إلى أن تنجب الناقة ثم ينج الذي في بطنها وفي الموطأ أن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال لا ربا في الحيوان وانما نهى عن الحيوان عن ثلاث عن المضامين والملاقح وحبل الحبلية وانما بطل هذا البيع للغرر فعسى أن لا تلد تلك الناقة أو تموت قبل ذلك وأما باللفظ الذي ذكره المصنف عن بيع الحبل وحبل الحبلية فغير معروف والملاقح مافي الأرحام جمع ملقوح والمضامين مافي الأصلاب وقيل بالعكس جمع مضمون لقحت الناقة وولدها ملقوح به لأنهم استعملوا بلاياً يقال ضمن الشيء أي تضمنه قوله (ولا البين) يجوز بالخروج عطفاً على المضاف إليه وتقدير المضاف والرفع على إقامته مقام المضاف (للغرر فعلة انتفاخ) وبه قال الشافعي وأحمد وأجازة مالك أياماً معلومة إذا عرف قدر حالها ويكون تسليمه بالتخليفة كبيع التمر على رأس النخل وهو مردود بالنهي عن بيع الغرر (لأنه يتنازع في كيفية الحلب) في الاستقصاء وعدمه وهو نزاع في التسليم والتسلم وما وضعت الأسباب إلا لقطعها فبطل قول مالك لذلك ولجواز أن يحدث لبن قبل الحلب فيحتلط مال البائع بمال المشتري على وجه يجوز عن التخليص (قوله ولا الصوف على ظهر الغنم) لأنه من أوصاف الحيوان لأنه يقوم به وأنه غير المقصود من الشاة فكان كالوصف من الذات وهو لا يفرد بالبيع (ولأنه يثبت من أسفل) ساعة فساعة (فيحتلط المبيع بغيره) بحيث ينعذر التمييز (بخلاف القوائم) أي قوائم

عنده فيحتلط المبيع بغيره واختلط المبيع بماليس جميع من ملك البائع على وجه ينعذر تمييزه بمطل المبيع وبيع الصوف الخلاف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين لأنه من باب أوصاف الحيوان لأن ما هو متصل بالحيوان فهو وصف يخص بخلاف ما يكون متصلاً بالشجرة فإنه عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه ولأنه يثبت من أسفل فيحتلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر فإن قيل القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها (قوله لأن استحقاقه عبارة عن جهة لا يدخل عليها الإبطال) أقول والنقص فيه أن يتنازع فيه قوله لأنه لأن استحقاقه الخ تنتظر هذه القولة لأن لم نعتز عليها اه صححه

أما ما فيها من أعلام فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خيطا في أعلاها وركت أبا ما بقي الخيط أسفل عما في أسفلا الآن والآن على ملك المشتري وما وقع من الزيادة وقع في ملكه أما الصوفان غنوم أسفله (١٩٣) فإن خضب الصوف على ظهر الشاة ثم ترك

حتى غشاها فخرسب يتي على  
رأسه لافي أصله فان قيل  
التصويل كالصوف وجاز  
بيعه أجاب بأن التصويل  
وان أمكن وقوع النزاع  
فيه من حيث القطع لا يمكن  
وقوعه من حيث القطع  
فيقطع وأما القطع في الصوف  
فتعين اذ لم يعهد فيه القلع  
أي التفت فبعد ذلك يقع  
النزاع في موضع القطع  
وقد صح أن النبي صلى الله  
عليه وسلم نهى عن بيع  
الصوف على ظهر الغنم  
وعن لبن في ضرع وعن  
سم في لبن وهو حجة على  
أبي يوسف فيما روى عنه  
من جواز بيع الصوف  
على ظهر الغنم قال (ووجد  
في سقف) اذا باع جذعا في  
سقف أو ذراعا من ثوب  
يعنى ثوبا يضره التبعض  
كالتقص لا الكرباس فالبيع  
لا يجوز ذكر القطع أولا  
لانه لا يمكنه التسليم الا  
بضر لم يوجب العقد ومثله  
لا يكون لازما فيتمكن من  
الرجوع وتتحقق المنازعة  
بخلاف ما لم يكن في التبعض  
مضرة كبيع عشرة دراهم  
من نقرة فضة وذراع من  
كرباس فان بيعه جائز  
لانتفاء العلة

لانهم اتزيد من اعلی وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وعن حن في لبن وهو حنسة على أبي يوسف رحمه الله في هسد الصوف حيث جوز بيعه فيما روى عنه قال (وجسد في سقف وذراع من ثوب ذكر القطع اولم يذكراه) لانه لا يمكن التسليم الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبغيضه

الخلاف (لأنه أتى بدين اعلاها) ويعرف ذلك بأن توضع في مكان من القاعة علامة قائم بعده ذلك نصير  
أسفل ويرتفع عن رأس القاعة ويرتفع غيرها ما يزيد من أسفل فالزائد يكون على ملك المشتري وقال الامام  
الفضلي الصحيح عندي أن يبيع قوائم الخلاف لا يجوز لانه وان كان ينمو من أعلام مقوض القطع مجهول  
فهو كمن اشترى شجرة على أن يقطعها المشتري لا يجوز بل هو الموضع القطع وما ذكره من منع بيع الشجر  
ليس متفقا عليه بل هي خلافية منهم من منعها إلا بد في القطع من حفر الأرض ومنهم من أجازها  
للتعامل (بخلاف الفصيل) لانه يقطع فلا تنازع جاز يبعه قائم في الأرض قال المصنف (وقد  
صح أنه صلى الله عليه وسلم نهى إلى آخره) وذلك أن الطبراني قال حدثنا عثمان بن عمر الضبي حدثنا  
حفص بن عمر الحوضي حدثنا عمر بن فروخ حدثنا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس رضي  
الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يباع غرة حتى تطعم ولا يباع صوف على ظهور ولا  
لبن في ضرع وأخرجه الدارقطني والبيهقي عن عمر بن فروخ قال الدارقطني وأرسله وكيع عن عمر  
ابن فروخ ولم يذكر ابن عباس وهذا السند حجة وقول البيهقي تفرد برفعه عمر بن فروخ وليس بالقوي  
لا يضره فانه ان كان كما قال فالمرسل حجة كالمرفوع لكن الحق خلاف ما قال في تضعيف ابن فروخ فقد  
نقل الذهبي توثيق عمر بن فروخ عن أمية الشأن كأبي داود وابن معين وأبي حاتم والرفع زيادة وهي من الثقة  
مقبولة ورواه أبو داود في مراسيله عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه  
بسنده عن عكرمة عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى أن يباع لبن في ضرع أو سن في لبن ورواه  
الدارقطني في سننه عن وكيع عن عمر بن فروخ عن حبيب بن الزبير عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم  
وسلم بلفظ ابن أبي شيبة وروى مرة ووقفا على ابن عباس في مراسيل أبي داود وكذا رواه الشافعي رحمه  
الله قال أخبرنا سعيد بن سالم عن موسى بن عبيدة عن سليمان بن يسار عن ابن عباس انه كان ينهى عن  
بيع اللبن في ضرع الغنم والصوف على ظهورها فعرف بذلك أن كل ما يبيع في غلافه لا يجوز كاللبن في  
الضرع والأحم في الشاة الحية أو شحمها أو ألبانها أو أكارعها أو جلودها أو دقيق في هذه الحنطة أو سن  
في هذا اللبن ونحو ذلك من الأشياء التي في غلفها لا يمكن أخذها وتسليمها إلا باقصاد الخلقة والحبوب في  
شعرها مستغنى من ذلك بما أسلفناه والذهب والفضة في تراجمها بخلاف جنسها والله الموفق (قوله  
وجدع من سقف) بالجراي لا يجوز بيع جذع من سقف (وذراع من ثوب) أي ثوب يضره القطع  
كالعمامة والقبيص أماما لا يضره القطع كالكراس فيجوز وقول الطحاوي في أجر من حائط أو ذراع من  
كراس أو ديباج لا يجوز ممنوع في الكر كراس أو منجول على كراس يتعيب به أماما لا يتعيب به فيجوز  
كما يجوز بيع قصب من صبرة وكذا لا يجوز بيع حلبة من سيف أو نصف زرع لم يدرك لانه لا يمكن  
تسليمه إلا بقطع جميعه وكذا يبيع قص خاتم مركب فيه ومثله نصيبه من ثوب مشترك من غير شريك  
وذراع من خشبة للزوم الضرر في التسليم في كل ذلك وأورد عليه انه ضرر لزم البائع بالتزامه أوجب  
بأنه ألزم العقد ولا ضرر فيه ولا يمتنع ما فيه وقول نحر الاسلام ان رضى فله أن يرجع فيبطل البيع

(قوله فيتمكن من الرجوع

( ٣٥ - فتح القدير خامس ) وتتحقق المنازعة أقول فيه بحث فانه اذا كان متمكنا من الرجوع شرعا لا يعتبر عنازته اذ لا وجه لها والاولى عندي أن يقال بدله ولا يكون لازما والبيع اذا لم يكن مشروطا فيه الخيار يكون لازما فيبطل فليتنا مل

(ولم يكن الجذع معينا لا يجوز لزوم الضرر والجهالة أيضا ولوقطع البائع الذراع أو قطع الجذع قبل أن يشفع المشتري عاد البيع صحها لزوال المفسد) وهو الضرر (ولو باع النوى في التمر أو البزري البطيخ لم يصح وإن شتمها وأخرج البائع لأن في وجودهما احتمالا أي هو ممنوع من بيعه في خلافه فغير يجوز بيعه فإن قيل بيع الخطئة في سبيلها وأما البائع ما في وجوده احتمالا فانه شيء مغيب في خلافه وهو جائز أوجب أن جوازه باعتبار جهة (١٩٤) انطلاق اسم البيع عليه وعلى ما يتصل به فإن الخطئة إذا بيعت في سبيلها

انسابه إلى بيت هذه الخطئة فالمدكور ليس بمحذور المعقود عليه ففسخ العقد باعلا لتصحح لغيره وأما بزر البطيخ ونوى التمر وحسب التظن فاسم البيع وهو البزري والنوى والحسب لا ينطلق عليه إذا لا يقال هذا بزر ونوى وحسب بل يقال هذا بطيخ وتمر وقطن فلم يكن البيع مذكورا وما هو المذكور فليس بمبيع وهذا على قول من يرى تخصيص العلة واضع وطريق من لا يرى ذلك عرف في أصول الفقه وقوله (أما الجذع فعين موجودة) إشارة إلى اتمام الفرق بين البزري والنوى والجذع المعين في السقف بأن الجذع معين موجودا في القرص فيه والبزري والنوى ليس كذلك فإن قيل إذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح الشاة وصلح جلدها وسلمه لا يتقلب البيع جائزا وإن كان الجلد عيناً موجوداً كالجذع في السقف وكذا بيع كرشها وأكارعها أوجب بأن المبيع

ولم يكن معينا لا يجوز ولما ذكرنا للجهالة أيضا ولوقطع البائع الذراع أو قطع الجذع قبل أن يشفع المشتري يعود جرح الزوال المفسد بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو البزري البطيخ حيث لا يكون صحيحا وإن شتمها وأخرج البائع لأن في وجوده احتمالا أما الجذع فعين موجودة فال (وضربة القانص) وهو الآن يقطع أو يقلعه فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب صحيحا كذلك فإن الرجوع لا يمكنه مع المزمع وهو التزام العقد بما فيه من الضرر وأما إيراد الحجابة فمدفع بأنه ليس فيه استهلاك مال ثم يبيع الحجاب التي لا تخرج الأبقاع الأبواب على قول من أجاز والبعض قدمه وأوجب بأن المتعيب الجدران دون الحجاب وعذا يفيد أن المنظر إليه في المنع تعيب المبيع والكلام السابق يفيد أنه تعيب غير المبيع وهو الظاهر والحق أنه لا بد من سمع حاكم يمنع هذا وما يلحق به هذا هو المعقول عليه وذلك هو الحديث السابق من نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع اللبن في الضرع والبن في اللبن أفاد أن المنع إذا كان لا يسلّم المبيع إلا بعيب فيه ضرر بغير المبيع فإن اللبن يدخله ضرر بتسليم السمن وأظهر من هذا أن الجوع على عدم جواز بيع أطراف الحيوان كيف شاء واليه أو رجله أو هو معلل بما يلزم في التسليم من الضرر على البائع في المبيع فخرج بيع الحجاب التي يحتاج في تسليمها إلى هدم أكتاف الأبواب على من يصح بيعها (قوله ولو لم يكن معينا) يعني الجذع والذراع (لا يجوز ولما ذكرنا) من لزوم الضرر (والجهالة) ومعنا أن هذا فيما يتعيب بالتعيب ويختلف بخلاف درهم من قطعة نقرة (ولو قطع البائع الجذع وقطع الذراع يعود العقد صحيحا لزوال المفسد) قبل نقض البيع ولو فعل بعد الفسخ لا يجوز وقوله (بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو البزري البطيخ) وكسرهما وسلم البزري والنوى قبل الفسخ (لا يعود صحيحا) لأن الفساد للغرر (اذني وجودهما احتمالا) فكان كبيع بلامبيع فوق باطلا بخلاف الجذع فإنه عين محسوسة قائمة وانما يفسد لزوم الضرر فإذا تحمل البائع وسلمه قبل الفسخ وقع التسليم في بيع صحيح لأن الغرض أن البيع قائم لكن بوصف الفساد فإذا زال المفسد قبل زوال البيع صار بالضرورة بيعا بلا فساد وهو معنى الصحيح فهذا معنى قولهم انقلب صحيحا بخلاف الأول وقع باطلا وهو معنى المعدوم شرعا فليس هناك بيع قائم لينزل المبتل فيبقى بيعا بلا بطلان بل إذا زال المبتل بقي ملك المبيع بلا مانع من إيراد العقد الصحيح عليه وعدم المانع من إيراد العقد الصحيح وإيجاده ليس هو وجود البيع الصحيح ونقص عدم جواز البيع فيما إذا باع جلد شاة معينة أو كرشها أو سواد بطم فذبحها وأعطاه ذلك حيث لا يتقلب جائزاً مع أنه تحمل الضرر بالذبح أوجب بأن المنع هناك لعله أخرى غير لزوم الضرر في التسليم وهو كونه متصلا بمتضمنه خلقه والنص بمنعه وهو النهي عن بيع الصوف على الظاهر واللبن في الضرع والسمن في اللبن وقد يقال لأثر ذلك فيما فيه الكلام وهو أنه إذا زال المانع بالذبح والنقل فإن قيل يتناول به بعد الفصل النهي عنه قبل الفصل وحين وقع وقع منه قلنا وكذا الجذع في السقف سواء (قوله وضربة القانص) بالرفع والجرح على قياس ما تقدمه (وهو) الصائد يقول

وإن كان موجودا فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقه فكان تابعه فكان الحجز عن التسليم هناك معنى أصليا لأنه اعتبر عاجزا حكم لما فيه من افساد شيء غير مستحق بالعقد وأما الجذع فإنه عين مال في نفسه وانما ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعرض فعل العباد والحجز عن التسليم حكى لما فيه من افساد بناء غير مستحق بالعقد فإذا قطع والتم الضرر زال المانع فيجوز حينئذ يجب تخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم قال (وضربة القانص) القانص الصائد يقال نعم إذا صاد وضربة القانص

ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة يقال بضرب الشبكة على الطائر القاصد منه نهي عن ضربة وفي تهذيب الأزهري عن ضربة الغائص وهو الغواص على الألى وهو أن يقول للتاجر أغوص لك غوصة فأخرجته فقولاً بكذا والمعنى فيها واحد وهو أنه مجهول وإن فيه غرراً لا يجوز أن لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد وأن لا يخرج من الغوصة شيئاً قال (وبيع المزابنة) الرفع فيه والجر والرفع فيما تقدم جائز والمزابنة وهو بيع الثمر بالناء المثلثة على النخل بتمر بالناء المثلثة مجذوزة مثل كيل ماعلى النخل من الثمر خرا وفننا لا حقيقياً لانه لو كان مثله كيلاً حقيقياً يبق ماعلى الرأس ثم ابل تمر مجذوزاً كالذي يقابل منه من المجذوز ولا يجوز أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة والمحافة والمحافة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصاً ولانه باع مكيلاً بمكيل من جنسه فلا شبهة الربا بالحقة بالحقيقة في التحريم كالأموال موضوعين على الأرض وباع أحدهما بالأخر خرصاً وبيع العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي الشافعي يجوز فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة أوسق وله في مقدار خمسة أوسق قولان استدلل بأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة ورخص في الثمر أيا فسرهاباً أن يباع الثمر الذي على رأس النخل بخرصها ثم ارفها (١٩٥)

دون خمسة أوسق وأنت الضمير في قوله بخرصها على أنه جمع الثمرة قلنا بالقول بالموجب وهو أن يقول سلمنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في الثمر أيا فان في الأحاديث الدالة على ذلك كثرة لا يمكن منعها لكن ليس حقيقة معناها ما ذكرتم بل معناها العطية لغسة وتأويلها أن يهب الرجل ثمرة لخلته من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعري له في بستانه كل يوم لكون أهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك ثمرا مجذوزاً بالخرض ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون خلفاً

ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غرراً قال (وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخل بتمر مجذوز مثل كيلها خرصاً) لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة والمحافة فالمرابنة ما ذكرنا والمحافة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصاً ولانه باع مكيلاً بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما إذا كانا موضوعين على الأرض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رحمه الله يجوز فيما دون خمسة أوسق لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة ورخص في الثمر أيا وهو أن يباع بخرصها ثم ارفها فيما دون خمسة أوسق قلنا العربية العطية لغسة وتأويله أن يبيع المعري له ماعلى النخل من الثمر بخرصها وهو بيع مجذوز وهو بيع مجاز لانه لم يملكه فيكون ربا مبتدأ

بعتك (ما يخرج من) القاصد هذه (الشبكة مرة) بكذا وقيل بالغين والياء الغائص قال في تهذيب الأزهري نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص يقول أغوص غوصة فما أخرجه من الألى فهو لك بكذا فهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غرراً وبطله ما يخرج (قوله) وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخل بتمر مجذوز مثل كيلها خرصاً لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة في الصحيحين من حديث جابر بنى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمحافة وزاد مسلم في لفظ وزعم جابر أن المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلاً والمحافة في الزرع على نحو ذلك بيع الزرع القائم بالحب كيلاً وأخرج البخاري عن أنس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحافة والخبرة والملاسة والمناذرة والمزابنة وقول المصنف (بمثل كيلها خرصاً) الخرص الحزر (وكذا العنب بالزبيب) لا يجوز ومعنى النهى أنه مال الربا فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل بتساويهما (كلوا) كانا موضوعين على الأرض وقال الشافعي رحمه الله تجوز المزابنة بالنفسير الذي ذكرنا (فيما دون خمسة أوسق) لما في الصحيحين من حديث أبي هريرة أنه صلى الله عليه وسلم رخص في بيع الثمر أيا وفي الصحيحين أيضاً عن ابن عمر عن زيد بن ثابت رخص عليه الصلاة والسلام في بيع الثمر أيا أن اتباع بخرصها وفي لفظ رخص في العربية أن تؤخذ بمثل خرصها ثم ارفها كالأرطيا ووافق الشافعي أحمد

لوعده وبه نقول لان الموهوب لم يصرف ملك الموهوب له مادام متصلاً بملك الواهب فإعطيه من الثمر لا يكون عوضاً بل هبة مبتدأة ويسمى بيعاً مجازاً لانه في الصورة عوض يعطيه للخرص عن خلف الوعد وانفق أن ذلك كان فيما دون خمسة أوسق فظن الراوى أن الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده وفيه بحث من وجهين الاول أنه جاء في حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر ورخص في الثمر أيا فسياقه يدل على أن المراد بالثمر أيا بيع ثمرة و الثماني أنه جاء في حديث جابر رضي الله عنه بلفظ الاستثناء الا الثمر أيا والاصل حل الاستثناء على الحقيقة والاستثناء من البيع حقيقة بيع لا حجب دخوله في المستثنى منه والجواب عن الاول ان القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم وعن الثاني انه على ذلك التقدير ينافي قوله عليه الصلاة والسلام المشهور بالتمر بالتمر مثلاً بمثل والمشهور قاض عليه

(قوله قال وبيع المزابنة الى قوله من المجذوز ولا يجوز) أقول قوله الرفع فيه أى وحده وقوله والجر والرفع أى كلاهما وقوله والمزابنة مبتدأ وقوله لا يجوز خبره



قال (ولا يجوز البيع بالقاء  
الخجر) سلم البائع السلعة  
أي عرضها وذكرونها  
وسامها المشتري بمعنى  
استامها ببيع الملامسة  
هو أن يتساوم الرجلان  
في السلعة فيلزمها المشتري  
بيده فيكون ذلك ابتعا  
لها رضاً ما لكها بذلك أولم  
يرض وبيع المناذرة هو  
أن يتراوض الرجلان على  
السلعة فيجب مالها الزام  
المساوم له عليها أيها  
فينبذها إليه فيلزمه بذلك  
ولا يكون له رد ما عليه  
وبيع القاء الخجر هو أن  
يتساوم الرجلان على السلعة  
فإذا وضع الطالب لشرائها  
حصاة عليها تم البيع فيها  
على صاحبها ولم يكن لصاحبها  
ارتجاع فيها وهذه كانت  
بيوعاً في الجاهلية فنهى  
عنها رسول الله صلى الله  
عليه وسلم وعبارة الكتاب  
تشير إلى أن المنهى عنه  
بيع الملامسة والمناذرة  
وبيع القاء الخجر ملحق بهما  
لأنه في مآلهما ولا يرد  
تعليقاً بالخطأ والتلبيكات  
لا تتحمله لادائه إلى معنى  
التمسار لأنه بمنزلة أن يقول  
البائع للمشتري أي ثوب ألقى  
عليه الخجر فقد بعته وأي  
ثوب لمسته بيدك فقد بعته  
وأي ثوب نبذته إلى فقد  
اشترته

(قوله وأي ثوب نبذته)  
أقول فيه مساححة لا تخفى

قال (ولا يجوز البيع بالقاء الخجر واللامسة والمناذرة) وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو أن يتراوض  
الرجلان على سلعة أي يتساومان فإذا لمساها المشتري أو نبذها إليه اليافع أو وضع المشتري عليها حصاة  
لزم البيع فالأول بيع الملامسة والثاني المناذرة والثالث القاء الخجر وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن  
بيع الملامسة والمناذرة ولأن فيه تعليقاً بالخطأ

في ذلك لأنه لم يحمها بالضرورة قال الطحاوي جاءت هذه الآثار وتواترت في الرخصة في بيع العرايا  
قبلها أهل العلم جميعاً ولم يختلفوا في صحة مجيئها ولكنهم تنازعوا في تأويلها فقال قوم العرايا أن يكون  
له النخلة أو النخلتان في وسط النخل الكثير لرجل آخر قالوا وكان أهل المدينة إذا كان وقت الثمار  
خرجوا بأغليهم إلى حوائطهم فيجيء صاحب النخلة أو النخلتين فيضرب ذلك بصاحب النخل الكثير  
فرخص صلى الله عليه وسلم لصاحب الكثير أن يعطيه خرص ماله من ذلك ثم ينصرف وهو وأهله عنه  
وروى هذا عن مالك قال الطحاوي وكان أبو حنيفة يقول فيما سمعت أحمد بن أبي عمران يذكر أنه  
سمع من محمد بن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال معنى ذلك عندنا أن يعري الرجل الرجل نخلة  
من نخله فلا يسلّم ذلك إليه حتى يبدوله فرخص له أن يحبس ذلك ويعطيه مكانه بخرصه ثم قال الطحاوي  
وهذا التأويل أشبه وأولى مما قال مالك لأن العربية أنما هي العطية ألا ترى إلى الذي مدح الانصار كيف  
مدحهم اذ يقول

فليست بسنهاء ولا رجبية \* ولكن عرايا في السنين الجوائح

أي أنهم كانوا يعرون في السنين الجوائح أي يهبون ولو كانت كما قال ما كانوا يمدحون بها إذ كانوا  
يعطون كما يعطون والحق أن قول مالك قول أبي حنيفة هكذا حكاه عنه محققو مذهبه واستدل  
عليه بأن العربية مشهورة بين أهل المدينة متداولة بينهم كذلك ثم على قولهم تكون العربية معناها النخلة  
ولا يعرف ذلك في اللغة ومخصص ما دون خمسة أوسق لأنهم كانوا يعرون هذا المقدار وما قرب منه  
ومعنى الرخصة هو رخصة أن يخرج من خلاف الوعد الذي هو ثلث النفاق باعطاء هذا الترخص  
وهو غير الموعود دفعاً للضرر عنه وكون خلاف الوعد ثلث النفاق نقل عن عبد الله بن عمرو بن العاص  
أنه حين حضرته الوفاة قال زوج ابنتي من فلان فإنه كان سبق إليه مني شبه الوعد فلا ألقى الله بثلث  
النفاق وجعله ثلثاً حديث عنه صلى الله عليه وسلم علامة المنفاق ثلاث إن حدث كذب وإن وعد  
أخلف وإن أوتى خان وأما ما ذكر من تأويل العربية الإمام موفق الدين روى محمود بن لبيد قال قلت  
لزيد بن ثابت ما عراياكم هذه فسمى رجالاً محتاجين من الانصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم  
أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يتنازعون به رطباً يأكلونه وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن  
يتناعوا العربية بخرصها من التمر فبدأ كلونه رطباً وقال متفق عليه فقد وهم في ذلك فإن هذا ليس في  
الصحيحين بل ولا في السنين ولا في شيء من الكتب المشهورة قال الإمام الزبيدي يخرج الحديث ولم أجده  
سنداً بعد الفحص البالغ ولكن الشافعي ذكره في كتابه في باب العرايا من غير اسناد (قوله ولا يجوز البيع  
بالقاء الخجر واللامسة) إلى قوله (وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم إلى آخره) في الصحيحين من  
حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمناذرة زاد مسلم  
أما الملامسة فإن يأس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل فيلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية  
وهذا بأن يكون مثلاً في ظاه أو يكون مطويّاً ثم يمتدقان على أنه إذا لمسه فقد باعه وفساده لتعلق  
التملك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس والمناذرة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى  
الآخر ولم ينظر كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه على جعل النبذ بيعاً وهذه كانت بيوعاً بتعارفهما في  
الجاهلية وكذا القاء الخجر أن يلقي حصاة أو ثوباً فأى ثوب وقع عليه كان المبيع بل تأمل روية ولا

(ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين بلهالة المبيع الآن يقول على انك بالخيار ان تأخذ ايم ما شئت فانه يجوز استحسانا وقد تقدم الكلام فيه  
قال (ولا يجوز بيع المراهي ولا اجارتهما) والمراد به الكلا وهو ما ليس له (١٩٧) مانع من الخسيس كذا روى عن محمد

وقيل ما ليس له ساق وماله  
مانع فيسوق الكلا وانما سرق  
المسراحي بذلك لان لفظة  
المسري يقع على موضع  
الري وهو الارض وعلى  
الكلا وعلى مصدر ري ولز  
لم يفسر بذلك فهوهم ان  
بيع الارض واجارتهما  
لا يجوز وهو غير صحيح لان  
بيع الاراضي واجارتهما  
صحيح سواء كان فيها الكلا  
أو لم يكن اما عدم جواز بيع  
الكلا غير المحرز فلانه غير  
مملوك لا شترالك الناس فيه  
بالحديث وهو قوله صلى الله  
عليه وسلم الناس شركاء في  
ثلاث الماء والكلا والنار  
وما هو غير مملوك لا يجوز  
بيعه ومعنى شركتهم فيما  
ان لهم الانتفاع بوضوها  
والاصطلاح لهم والشرب  
وسقي الدواب والاستقاء  
من الابار والحياض  
المملوكة والانهار المملوكة  
من الاراضي المملوكة  
والاحتشاش من الاراضي  
المملوكة ولكن له ان يمنع  
من الدخول في أرضه فان  
منع كان لغیره أن يقول له  
ان لي في أرضك حقا فاما أن  
توصلني الحق أو تحتشه  
فتدفعه الي أو تدعني أخذه  
كثوب لرجل وقع في دار  
انسان هذا اذا ثبت ظاهرا  
وأما اذا ثبتته صاحب  
الارض بالسقي فففيه اختلاف

قال (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) بلهالة المبيع ولقد قال على انه بالخيار في أن يأخذ ايم ما شاء اجاز البيع  
استحسانا وتذكرناه بفروعه قال (ولا يجوز بيع المراهي ولا اجارتهما) المراد الكلا اما البيع فلانه ورد  
على ما لا يملكه لا شترالك الناس فيه بالحديث

خيار بعد ذلك ولا بد أن يسبق تراوهم ما على الثمن ولا فرق بين كون المبيع معيناً فإذا تراوهم ما على الفاء  
اليه البائع لزم المشتري فليس له أن يقبل أو غير معين كذا كرناه ومعنى النهي ما في كل من الجملة  
وتعليق التعليل بالخطر فانه في معنى اذا وقع تجرى على ثوب فقد بعته منك أو بعته بكذا وإذا لمسته  
أو بذته والتساوم تتاعل من السوم سام البائع السلعة عرضها للبيع وذكرتمنا وسامها المشتري بمعنى  
استامها سوما ومنه لا يسوم الرجل على سوم أخيه أي لا يطلب البيع ويراض فيه حال مراوضة  
أخيه فيه لأنه بمعنى لا يشتري كما قيل بل نهيه عن السوم يثبت التزاما لأنه اذا نهى عن التكلم في الشراء  
فكيف بحقيقة الشراء (قوله ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجوالة المبيع الآن يكون على هذا  
الوجه وهو أن يقول بعثك واحدا منهم ما على أنك بالخيار أن تأخذ ايم ما شئت فانه يجوز استحسانا وقد تقدم  
ذكرها بغير وعها في خيار الشرط (قوله ولا يجوز بيع المراهي) ثم فسرها بالكلا دفعا لوجههم أن يراد  
مكان الري فانه جاز (ولا اجارتهما) اما البيع فانه ورد على ما لا يملكه لا شترالك الناس فيه) اشترالك  
اباحة لأملاك ولانه لا يحصل به للمشتري فائدة فان المقصود من المالك يحصل بلا بيع اذ يملكه بدونه  
(الحديث) الذي رواه أبو داود في سننه في البيوع عن حريز بن عثمان عن أبي خراش بن حبان بن زيد  
عن رجل من الصحابة رضي الله عنهم قال غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فكتبت أسمعه  
يقول المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والنار والكلا ورواه أحمد في مسنده وابن أبي شيبة وأسد بن  
أبي عدي في الكامل عن أحمد وابن معين انه ما قال في حريز ثقة وجهالة الصحابي لا تضر ومعنى الشركة  
في النار الاصطلاح لهم أو تحفيف الثياب يعني اذا أوفد رجل نارا فلكل أن يصطلي بها أما اذا أراد أن  
يأخذ الجسر فليس له ذلك الا باذن صاحبه كذا ذكره القدروري ومعناه في الماء الشرب وسقي  
الدواب والاستقاء من الابار والحياض والانهار المملوكة وفي الكلا ان له احتشاشه وان كان في  
أرض مملوكة غير أن له صاحب الارض أن يمنع من الدخول في أرضه فاذا منع فليغيره أن يقول ان لي في  
أرضك حقا فاما أن توصلني اليه أو تحتشه أو تستقي وتدفعه لي وصار كثوب لرجل وقع في دار رجل إما  
أن يأذن للمالك في دخوله ليأخذه وإما أن يخرج به اليه أما اذا أحرز الماء بالاستقاء في آنية والسكال بقطعه  
جاز حينئذ بيعه لانه بذلك ملكه وظاهر أن هذا اذا ثبت بنفسه فأما لو كان سقي الارض واعدها لالانبات  
فتثبت في الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لانه ملكه وهو مختار الصدر الشهيد وكذا ذكر في  
اختلاف أبي حنيفة وزفر ثبت الكلا بانبائه جاز بيعه وكذا لو حصد حول أرضه وهما هالانبات حتى  
نبت القصب صار ملكا له ولا يجوز بيع كذا في أرضه قبل أن يقطعها ولا ماء وقال القدروري لا يجوز  
بيع الكلا في أرضه وان ساق الماء الى أرضه ولحقته مؤنة لان الشركة فيه بانبائه وانما تنقطع بالحيازة  
وسوق الماء الى أرضه ليس بمجازة والاكثر على الاول الآن على هذا القائل أن يقول ينبغي ان حافر البئر  
يملك بناء ما يكون بتكلف الحفر والطى لتحصيل الماء على الماء كالماء الكلا بتكلفه سوق الماء الى  
الارض لينبت فله منع المستقي وان لم يكن في أرض مملوكة له ثم الكلا ذكر الخواص عن محمد انه ما ليس له  
ساق وماله ساق ليس كالا وكان الفضلي يقول هو أيضا كالا وفي المغرب هو كل ما رعمته الدواب من رطب

الرواية وذكر في المحيط والذخيرة والنوازل ان صاحبها يملكه وليس لاحد أن يأخذه بغير اذنه جاز بيعه وذكر القدروري انه لا يجوز بيعه  
لان الشركة في الكلا بانبائه بالنص وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بمجازة الكلا فبقى على الشركة فلا يجوز بيعه

وأما عدم جواز الاجارة فليغنى عن أحدهما وقوع الاجارة في عين غير مملوكة والثاني انعقادها على استهلاك عين مباح وانعقادها على استهلاك عين مملوكة بأن استأجر بقرة يشرب لبنها الا يصح فعلى استهلاك عين مباح أولى وذلك لان المستحق بعقد الاجارة على الاثر المنافع لا الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لا قامة العمل المستحق بالاجارة كالمصبغ في استئجار الصباغ واللين في استئجار الظئر لكونه آلة للحضنة والظئرة ولم يذكر ان اجارة الكلا وقعت فاسدة أو باطلة وذكري في الشرب انها فاسدة حتى يهلك الا جرة الاجرة بالقبض وينفذ عتقه تها قال (ولا يجوز بيع النخل) قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يجوز بيع النخل وقال محمد يجوز اذا كان محزرا أي مجموعا وهو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به (١٩٨) حقيقة باستيفاع ما يحدث منه وشرعا لعدم ما يمنع عنه شرعا وكل ما هو كذلك

وأما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوكة بأن استأجر بقرة يشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى قال (ولا يجوز بيع النخل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يجوز اذا كان محزرا وهو قول الشافعي رحمه الله لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحصار وله ما نه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزناير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كورة فيها عسل بما فيها من النخل يجوز بيعه كذا ذكره الكرخي رحمه الله

ويابس وهو واحد الاكلاء (وأما الاجارة فلا تنها) لو صحت ملكها الاعيان وحكمها ليس الاملك المنافع نعم اذا كانت الاعيان آلة لا قامة العمل المستحق كالمصبغ واللين في استئجار الظئر فيملك بعد اقامة العمل تبعا أما ابتداء فلا (وكذا الاستأجر بقرة يشرب لبنها لا يجوز) مع انهما عقدت على استهلاك عين مملوكة (فهذا أولى) لانها على استهلاك عين غير مملوكة وهل الاجارة فاسدة أو باطلة ذكري في الشرب انها فاسدة حتى يهلك الا جرة الاجرة بالقبض وينفذ عتقه قبه وقيل في لبن الا دمية انه في حكم المنفعة شرعا بدليل ان عينه لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه والحيلة في ذلك أن يستأجر الارض ليضرب فيها فسطاطه أو ليحمله حظيرة لغنمه ثم يستبيع المرعى فيحصل مقصودهما (قوله ولا يجوز بيع النخل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد يجوز اذا كان محزرا وهذا هو قول الشافعي رحمه الله لانه منتفع به حقيقة وشرعا) مقدور التسليم اذا كان محزرا (فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحصار) يجوز بيعه ما وان لم يؤكل لا الانتفاع بهما والقدرة على تسليمهما (ولا يبي حنيفة وأبي يوسف انه من الهوام فلا يجوز بيعه) كما لا يجوز بيع الوزغ والعقرب والزنبور والحية وهذا هو أنه في نفسه من الهوام لانه غير منتفع به (و) انما (الانتفاع بما يتولد منه لابعينه) بخلاف الجحش فانه ينتفع به في ثانی الحال قبل حدوث ما يتولد منه فقبل حدوث ما يتولد منه لا ينتفع به بل هو في نفسه هامة من الهوام ولذا قال في الجامع الصغيران وجد بهما عيبا بكم بردها اشارة الى أن النخل لا قيمة لها حتى لو باعه تبع الكورة فيها عسل وهو فيها جازذ كره الكرخي كالشرب والطريق وقال القدوري انه حكى عن أبي الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع تبعا ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنخل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن أبي يوسف كالمفاتيح فالعسل تابع للنخل في الوجود والنخل تابع له في المقصود بالبيع والكورة بضم الكاف وتشديد الواو معسل النخل اذا سوى من طين وفي التهذيب كورة النخل محققة وفي المغرب بالكسر من غير

يجوز بيعه وكونه غير مأكول اللحم لا ينافيه كالبغل والحصار ولهما انه من الهوام وهي الخوف من الاحناش لا يجوز بيعها قال في الجامع الصغير رأيت ان وجد بهما عيبا بكم بردها وفيه اشارة الى أن النخل لا قيمة لها ولا رغبة في عينها (قوله والانتفاع بما يخرج منه) جواب عن قوله حيوان منتفع به يعني لانسلم انه منتفع به بعينه بل الانتفاع بما يحدث منه وذلك معدوم في الحال قيل قوله لا بعينه احتراز عن المهر والجحش فانهما وان كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المال بأعيانهم وفيه بعد لخروجهم ما بقوله يخرج منه واذا كان الانتفاع بما يخرج فقبل خروجه لا يكون منتفعا به حتى لو كان ما يخرج منه بأن باع كورة بضم الكاف وكسرهما وهي

معسل النخل اذا سوى من طين فيها عسل بما فيها من النخل يجوز بيعها كذا ذكره الكرخي في مختصره وقال القدوري في شرحه لهذا المختصر وأما اذا باع العسل مع النخل فالعقد يقع على العسل ويدخل النخل على طريق التبعية وان لم يجز افراده بالبيع كالشرب والطريق ثم قال وقد حكى عن الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع على طريق التبعية ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنخل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن أبي يوسف

(قوله لعدم ما يمنع عنه) أقول أي عن الايقاع (قوله قيل قوله لا بعينه احتراز الخ) أقول القائل هو الاتقاني والنجازي (قوله وفيه بعد لخروجهم ما الخ) أقول فيه تأمل فانه ينتفع بما يخرج ويحصل منه ما في مستقبل الزمان من أولادهما فلا يخرج جان به

قال (ولا يجوز بيع دود القز بيضه) وهو البر الذي يكون منه الدود لا يجوز عند أبي حنيفة لأنه من الهوام وبيعه مما لا ينتفع به بعينه بل بما يحدث منه وهو معدوم في الحال. وجاز عند محمد لكونه منتقاه ولمكان الضرورة في بيعه قبل وعليه الفتوى وأجاز أبو يوسف بيع دود القز إذا ظهر فيه القز تبعاله كبيع الخيل مع العسل وبيع بيضه مطلقا (١٩٩) لمكان الضرورة ونقل عنه أنه مع أبي حنيفة كما في دوده وهذه

العبارة تشير إلى أن أبا حنيفة أعلم بما يجوز بيعه من الهوام وعند أبي يوسف مع أبي حنيفة رجه الله كما في دود القز والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعه (الآن يبيعه من رجل زعم أنه عنده) لأن المنهي عنه بيع أبق مطلق وهو أن يكون أبق في حق المتعاقدين وهذا غير أبق في حق المشتري ولأنه إذا كان عند المشتري اتفق العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضاً بمجرد العقد إذا كان في يده وكان

(ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة) لأنه من الهوام وعند أبي يوسف رجه الله يجوز إذا ظهر فيه القز تبعاله وعند محمد رجه الله يجوز كيفما كان لكونه منتقاه (ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة رجه الله وعند محمد يجوز) لمكان الضرورة وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة رجه الله كما في دود القز والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعه (الآن يبيعه من رجل زعم أنه عنده) لأن المنهي عنه بيع أبق مطلق وهو أن يكون أبق في حق المتعاقدين وهذا غير أبق في حق المشتري ولأنه إذا كان عند المشتري اتفق العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضاً بمجرد العقد إذا كان في يده وكان أشهد عند أخذ له أمانة عنده

قوله ولا يبيع الطير في الهواء وانما ذكرها هنا تبعاً لما ذكره الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير لأنه وضعه كذلك قال (ولا يجوز بيع الأبق) يبيع الأبق المطلق لا يجوز لما ذكر محمد في الأصل بقوله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر وعن بيع العبد الأبق ولأنه غير مقصور التسليم والأبق الذي لا يكون مطلقاً وهو الذي لا يكون أبق في حق أحد المتعاقدين جاز بيعه كن باعه من رجل يزعم أنه عنده لأن المنهي عنه بيع المطلق منه وهذا غير أبق في حق المشتري فيفتي العجز عن التسليم المانع من الجواز هل يصير قابضاً بمجرد العقد أولاً إن كان قبضه لنفسه يصير قابضاً عقيب الشراء بالاتفاق وإن قبضه للرد

تسديد وقيد الرخصى بفتح الكاف وفي الغربيين بالضم، (قوله ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة رجه الله لأنه من الهوام) وعند أبي يوسف يجوز إذا ظهر فيه القز تبعاله (وأجاز بيع بر القز الذي يكون منه الدود) وعند محمد يجوز كيفما كان لكونه منتقاه (وأجاز السلم فيه كيلاً إذا كان وقته وجعل منتهى الاجل في وقته وجوابه ما تقدم في المسئلة قبلها وهو أن المنتفع به ما يخرج منه قبله يكون غير منتفع به والكلام في بيعه حينئذ والوجه قول محمد للعادة الضرورية وقد ضمن محمد متلف كل من الخيل ودود القز وفي الخلاصة في بيعهما قال الفتوى على قول محمد ثم لا ينبغي أن يحد ما نسب أصله في مسئلة بيع الخيل في القول بجوازه وأبو حنيفة كذلك في قوله بعدمه وأما أبو يوسف فيجب أن يقول مثله في الخيل وما قدمه المصنف في الخيل عن الكرخي بجوازه إذا بيع تبعاً للكوارة ظاهر أنه يجوز باتفاق حينئذ وعلى هذا يجب أن لا يختلف أبو حنيفة مع أبي يوسف في دود القز بل يقولان معان كان وحده لا يجوز لأنه من الهوام وإن كان تبعاً للقز فيقولان بالجواز فيهما فلا معنى لأفراد أبي حنيفة في هذه وقرآن أبي يوسف معه في تلك والاتفاق على عدم جواز بيع ما سواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والعظاية والنافذ والجعل والضب ولا يجوز بيع شيء من البحر إلا السمك كالضفدع والسرطان والسلفاة وفرس البحر وغير ذلك وقال محمد إذا كان الدود ورق التوت من واحد والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما منصفين أو أقل أو أكثر لا يجوز وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان وفي فتاوى الولوالجي امرأة أعطت امرأة بر القز وهو بر الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى أدرك فالتمس لي لصاحبة البرز لأنه حدث من برها ولها على صاحبة البرز قيمة الأوراق وأجر مثلها ومثله إذا دفع بقرة إلى آخر يعلفها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحدث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف وأجر مثله وعلى هذا إذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف (قوله والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها) أما إذا كانت في بروجها ومخارجها مسدودة فلا إشكال في جواز بيعها وأما إذا كانت في حال طيرانها ومعلوم بالعادة أنها ستجئ فكذلك لأن المعلوم عادة كالأفع فكأن مملوكاً مقصوداً بالتسليم وتجوز كونه لا يعود أو عرض عدم عوده لا يمنع جواز البيع كتجوز هلاك المبيع قبل القبض ثم إذا عرض الهلاك لنفسه كذا هنا إذا فرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض أنفسه وصار كالطبي المرسل في برهانه يجوز أن لا يعود (قوله ولا يجوز بيع الأبق) الأبق إذا لم يكن عند المشتري لا يجوز بيعه باتفاق الأئمة الأربعة ويجوز بيعه غير أنه إذا أعتقه

فأما أن يشهد على ذلك أولاً فإن كان الأول لا يصير قابضاً لأنه أمانة عنده حتى لو هلك قبل الوصول إلى المولى هلك من مال المولى

قال المصنف (ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة) أقول لا بد لأبي حنيفة من الفرق بين بيع الخيل وبين بيع دود القز حيث يجوز الأول تبعاً دون الثاني (قوله وهذه العبارة تشير إلى) أقول فيه تأمل (قوله والأبق الذي إلى قوله هل يصير) أقول فيه تأمل

(وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع) لان قبض الضمان أقوى لنا كده بالزوم والملك أما الزوم فلان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع أجبر عليه وبعد القبض امر للبائع فسخه بخلاف الامانة وأما الملك فلان الضمان يثبت الملك من الجانبين على ما هو الأصل بخلاف قبض الهبة وان كان الثاني يجب (٣٠٠) ان يصير قابضاً لانه قبض غصب وهو قبض ضمان وهو قول أبي حنيفة ومحمد

وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضاً لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه من قبضه لا يجوز لانه أتى في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الأباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لعدم المحلية كبيع الطير في الهواء وعن أبي حنيفة رحمه الله انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو المجز عن التسليم كما اذا أتى بعد البيع وهكذا يروى عن محمد رحمه الله

عن كسارة اشترط العلم بحياته ويجوز هبته لابنه الصغير أو ابنته في حجره بخلاف البيع لابنه الصغير حيث لا يجوز لان شرطه القدرة على التسليم عقيب البيع وهو متلف وما بقى له من اليد يصلح لقبض الهبة ولا يصلح لقبض البيع لانه قبض بازا أعمال مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بازا مال يخرج من مال الولد فكفت تلك اليد له نظر الأصغر فانه لو عاد على ملك الصغير وله هذا جزأ يبعه ممن ذكر انه في يده لتبوت التسليم والمقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسليم فإذا كان ثابتاً حصل المقصود بخلاف ما لو جاء المشتري برجل معه وقال عبدك الآبق عنده هذا فبعه وانا قبضته منه واعترف ذلك الرجل لا يجوز بيعه لان تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز واذا جاز بيعه هل يصير قابضاً في الحال حتى لو رجع فوجدته هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع ان كان حين قبضه أشهد انه قبض هذا البرد على مالكه لا يصير قابضاً لان قبضه هذا قبض أمانة حتى لو هلك قبل أن يصل إلى سيده لا يضمنه وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع فان هلك قبل أن يرجع إليه انفسخ البيع ورجع بالثمن وان لم يشهد يصير قابضاً لان قبضه اذ لم يشهد قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع ولو عاد من اباقة وقد باعه ممن ليس عنده هل يعود البيع جائز اذا سلمه فعلى ظاهر الرواية لا يعود صحيحاً وهو مروي عن محمد كما اذا باع خيراً فخلت قبل التسليم أو باع طيراً في الهواء ثم أخذه لا يعود صحيحاً وهذا يفيد أن البيع باطل وهو مختار مشايخ بل والثلجي لان وجود الشرط يجب كونه عند العقد وفي رواية أخرى عن محمد وهو رواية عن أبي حنيفة يجوز لقيام المالية والملك في الآبق ولذا صح عقبه فكان كبيع المرهون اذا اقتسكه قبل الخصومة وفسخ القاضي للبيع وبه أخذ الكرخي وجاعة من المشايخ حتى اذا امتنع البائع من تسليمه أو المشتري من قبوله أجبر على ذلك لان صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع بعد ان فسخ القاضي البيع أو خصما فانه لا يعود صحيحاً اتفاقاً وهذا يقتضي أن البيع فاسد فالحق أن اختلاف الرواية والمشايخ فيه شبهة على الاختلاف في أنه باطل أو فاسد فانك علمت ان ارتفاع المقصد في الفساد يدره صحيحاً لان البيع قائم مع الفساد وارتفاع البطل لا يرجع لان البيع لم يكن قائماً بصفة البطلان بل معدوماً فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم ووجه الفساد قيام المالية والملك والوجه عندى ان عدم القدرة على التسليم مفسد لا يبطل وهذا مما يخرج فيه الخلاف فانهم اختلفوا في بيع الطير في الهواء وان كان أخذه ثم أرسله فانه لا يخرج عن ملكه وقد اختلفوا فيما لو أخذه بعد بيعه وسلمه فطائفة مع الكرخي يعود جائزاً والبخميون لا يعود جائزاً فالضرورة ان من قال بالجواز فائل بأنه فاسد مع عدم القدرة على التسليم وقول من قال المحلية كونه مالا يملو كما مقدور التسليم ان غنى محلبة البيع الصحيح فنع والافلا

وذكر الامام الترمذي انه لا يصير قابضاً عند أبي يوسف وقول المصنف يجب ان يصير قابضاً كانه اشارة الى أنه يلزم أبا يوسف القول بكونه قابضاً نظراً الى القاعدة ولو قال المشتري هو عند فلان فبعه من قبضه لا يجوز لكونه آبقاً في حق المتعاقدين وغير مقدور التسليم اذا البائع لا يقدر على تسليم ما ليس في يده ولو باع الآبق ثم عاد من الأباق هل يتم ذلك العقد أو يحتاج الى عقد عقد جديد ففي ظاهر الرواية وبه أخذ مشايخ بل أن ذلك العقد لا يتم ويحتاج الى عقد جديد لو وقع باطلا فان جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانه عدم المحل فصار كما اذا باع الطير في الهواء ثم أخذه وسلمه في المجلس وعورض بأن الاعتاق يجوز ولو فات المحل لما جاز وأجيب بأن الاعتاق باطل الملك وهو بلا ثم التوى بالاباق بخلاف البيع فيه فانه اثباته والتوى ينافيه وروى عن أبي حنيفة أن العسقد يتم اذ لم يفسخ والبائع ان امتنع عن تسليمه

المشتري عن قبضه أجبر على ذلك لان العقد قد انعقد لقيام المالية لان مال المولى لا يزول بالاباق ولهذا جاز اعتاقه وتبديده والمانع وهو المجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق المقتضى وانتفى المانع فيجوز وصار كما اذا أتى العبد بعد البيع وهكذا يروى عن محمد وبه أخذ الكرخي وجاعة ممن مشايخنا وأما اذا رفعه المشتري الى القاضي وطلب منه التسليم وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد



قال (ولا ين امرأة في قدح) قيد بقوله في قدح لدفع ما عسى أن يتوهم أن بيعه في الضرع لا يجوز كسائر ألبان الحيوانات وفي القدح يجوز فقال انه لا يجوز في قدح وجوز الشافعي بيعه لانه مشروب طاهر ويبيع مثله جائز كسائر الألبان وعقب بقوله طاهر احتراز عن الخرفانها ليست بطاهرة ولنا انه جزء لا دمي لان الشرع أثبت حرمة الرضاع لعني البعضية وجزء لا دمي ليس بمال لان الناس لا يتولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض بأنه لو كان جزءا لا دمي لكان مضمونا بالاتلاف كبقية أجزاء الأدمى أحجب بأننا لنسلم ان الأجزاء تضمن بالاتلاف بل المضمون ما انتقص من الأصل الأثرى ان الجر ح اذا اتصل به البرء (٣٠١) يسقط الضمان وكذا السن اذا ثبت

(قوله وهو) أي الأدمى بجميع أجزائه مكرم يجوز أن يكون دليلا آخر وتفسيره أن الأدمى بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال وما

يرد عليه البيع ليس بمكرم ولا مصون عن الابتذال ولا يفرق في ظاهر الرواية بين ابن الحرة والأمة وعن أبي يوسف انه يجوز بيع ابن الأمة لانه يجوز ايراد البيع على نفسها فيجوز على جزئها اعتبار الجزء بالكل والحواب انه اعتبار مع وجود الفارق فلا يجوز وبما انه ان الرق حل نفسها وما حل فيه الرق جاز بيعه وأما اللبن فلا رقب فيه لان الرق يختص بحمل القوة التي هي ضد الرقب يعني العتق وهو أي المحل هو الحي ومعناه انه ماصفان يتعاقبان على موضع واحد فهما ضدان واذا حياة في اللبن لا يرد عليه الرقب ولا العتق لا تنفعا للموضوع والحواب عن قوله مشروب طاهر أن المراد به كونه مشروبا مطلقا أو في حال الضرورة

قال (ولا يبيع ابن امرأة في قدح) وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الأدمى وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين ابن الحرة والأمة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع ابن الأمة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرقب قد حل نفسها فأما اللبن فلا رقب فيه لانه يختص بحمل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن

بل يحل البيع المال المملوك للبائع أو غيره فان كان له قفاذا أو غيره فموقوف والناس قد اصابهم ان كان مبيعه مقدورا لتسلم ليس فيه شرط فاسد ولا فاسد وأما حديث التميمي عن بيع الأبق فروى اسحق بن راهرية أخبرنا سويد بن عبد العزيز الدمشقي قال حدثنا جعفر بن الحرث أبو الاشهب الواسطي قال حدثني من سمع محمد بن ابراهيم التيمي عن أبي سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء مافي بطون الانعام حتى تضع وعن يبيع مافي ضر وعها وعن يبيع العبد وهو أبق ورواه ابن ماجه بسند فيه جهضم بن عبد الله عن محمد بن ابراهيم عن محمد بن زيد العبدى عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري يرفعه الى أن قال وعن شراء العبد وهو أبق وعن شراء المغنم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة القناص وشهر بن حوشب عنه وقال أبو حاتم ان محمد بن ابراهيم مجهول وقيل فيه انقطاع أيضا وعلى كل حال فالاجماع على ثبوت حكمه دليل على أن هذا المضعف بحسب الظاهر صحيح في نفس الامر (قوله ولا يبيع ابن امرأة في قدح) هذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصاله عن محله فانه لا يكون في قدح الا بعد انفصاله أما عين القدحية فليس قيد ابدال سائر الأواني سواء وانما هو قيد باعتبار لازمه وهو انفصاله عن مقره كي لا يظن أن امتناع بيعه مادام في الضرع كغيره بل على سائر أحواله لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه وهو مذهب مالك وأحمد (وعند الشافعي يجوز لانه مشروب طاهر) فيجوز بيعه ويضمن منع انه مشروب مطلقا بل للضرورة حتى اذا استغنى عن الرضاع لا يجوز شربه ولا انتفاع به يحرم حتى منع بعضهم صبه في العين الرمداء وبعضهم أحازه اذا عرف انه دواء عند البرء (و) نقول (هو جزء من الأدمى مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين ابن الحرة وابن الأمة وعن أبي يوسف انه يجوز في لبن الأمة لانه لا يجوز ايراد العقد على كلها فيجوز على جزئها قلنا) الجواز يتبع الملية ولا مالية للانسان الا ما كان محل الرقب (وهو الحي ولا حياة في اللبن) ولان العتق قوة شرعية حاصلها قدرة ثبت له شرعا على تصرفات شرعية ترد على الرقب فرفعها ولا بد من اتحاد محلها وليس اللبن محل تلك القدرة فان قيل أجزاء الأدمى مضمونة فيجب كون اللبن كذلك يضمن بالاتلاف أجيب بمنع ضمان أجزاءه مطلقا بل المضمون ما انتقص من الأصل حتى لو ثبت السن التي قلعت لضمان الاما يستوفي بالوطء فانه مضمون وان لم ينتقص شيئا تغليظا لاهم البضع فجعل ما يستوفي بالوطء في حكم النفس بخلاف من جزئ صرف

(٣٦ - فتح القدر خامس) والاول ممنوع فانه اذا استغنى عنه حرم شربه والثاني مسلم لانه غذاء في تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يتربون الا لبن الخنس عادة ولكن لا يدل ذلك على كونه مالا كالئمة تكون غذاء عند الضرورة وليست بمال يجوز بيعه

(قوله لدفع ما عسى أن يتوهم) أقول هذا التوهم بعيد جدا بعد ما سبق قوله ولا اللبن في الضرع (قوله لانه مشروب طاهر ويبيع مثله جائز) أقول الماء مشروب طاهر ولا يجوز بيعه قبل الإحراز كالكلاء لم أن مجرد ذلك لا يكفي (قوله وتقريره أن الأدمى بجميع أجزائه مكرم الخ) أقول قياس من الشكل الثاني (قوله لا يرد عليه الرقب) أقول يعني استقلاله (قوله وليست بمال) أقول أي متقوم

قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه شمس (٣٠٣) العين) ونجس العين لا يجوز بيعه اهانته ويجوز الانتفاع به بخير الضرورة لان فيه

لا يهل عمل فان قيل ان كان كذلك وجب أن يجوز بيعه أحيانا بأنه يوجد مباح الأصل فلا ضرورة التي يمه وعلى هذا قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن النفس لا يلبس بالمباح وقال أبو القيث ان كانت الاساقفة لا يجذون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لو لم الشراء ولو وقع في الماء أفسده عند أبي يوسف لان الاطلاق للضرورة ولا ضرورة الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع غير حالة الاستعمال وقال محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ووقوع الظاهر في الماء لا ينجسه وكان المصنف اختار قول أبي يوسف حيث أخره قيل هذا اذا كان متوقفا وما المحذور فظاهر كذا في الترتائي وقاضيان قال (ولا يجوز بيع شعور الانسان الخ) بيع شعور الا دمين والانتفاع بها لا يجوز وعن محمد انه يجوز الانتفاع بها استدلالا بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم حين سلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يبتزكون به ولو كان نجسا لما فصله اذا نجس لا يترك به وجه الظاهر أن الأدي مكرم غير مبتذل وما هو كذلك لا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مبتذلا مهانا وفي البيع والانتفاع ذلك

قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير) لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانته ويجوز الانتفاع به بخير الضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الأصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف وعند محمد درجة انه لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولا يوجب رجسه الله ان الاطلاق لضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغيرا (ولا يجوز بيع شعر الانسان ولا الانتفاع بها) لان الأدي مكرم لا مبتذل فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهانا مبتذلا شاة فانه يضمن وان ثبت غيره وبان لاف الدين لا ينتقص شيء من الأصل ولان حرمة المصاهرة تثبت بشربة في اشاعته يبيعه فتح باب فساد الانكحة فانه لا يقدر على ضبط المشتري والبائع عين فيبيع فساد الانكحة بين المسلمين وهذا وان كان يندفع اذا كانت حرمة شربة شائعة بالدار فيعلم ان شراءه ليس بالمنفعة أخرى كشراء الامة المجوسية بعد اشتهار حرمة وطهها شرعا لكنهم يبيزون شربه للكبير هذا وقد أسند الفقيه أبو الليث الى محمد بن مسلم قال سمعت الفقيه أبا جعفر يقول سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن حنبل قال قال نصير بن يحيى سمعت الحسن بن سيهوب ٣ يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها لانه لما جازت الاجارة ثبت أن سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الاموال لانه لو كان مالا لم تجز الاجارة ألا ترى أن رجلا لو استأجر بقرة على أن يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جازت الاجارة للظئر ثبت أن لبنها ليس مالا هذا وأما المصنف فاعلم ان النجس بان الأدي مكرم بجميع أجزائه فلا يبتذل بالبيع وسأني باقيه (قوله ولا يبيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانته) أورد عليه انه جعل البيع حثا في لبن المرأة اهانته مانعة من جواز البيع للزوم الاكرام والبيع نجسه وجعله في مسئلة نجس الخنزير واخرى اعزازا فبطل للزوم الاهانته شرعا والبيع اعزازا وهذا تناقض الجواب أن الفعل الواحد قد يكون بالنسبة الى محل اهانته وبالنسبة الى آخر اكرامه مثلا لو أمر السلطان بعض سائى الدواب أن يلزم الوقوف بالحضرة مع الواقفين كان غاية الاكرام له ولو أمر القاضي بذلك كان غاية الاهانته فالحظر والخنزير في غاية الاهانته شرعا فلو جعل مبيعا مقابل لا يدل معزوز كالدرهم أو الثياب كان غاية الاكرامه والأدي مكرم شرعا وان كان كافرا فإيراد العبد عليه وابداله به والخافه بالمجادات اذلاله هذا وتعليل المصنف بالنجاسة لمنع البيع برده عليه بيع السرقة فالمعول عليه التعليل بالانتفاع والحاجة اليه مع امكان وجوده مباح الأصل فلا تنافي (ثم يجوز الانتفاع به للضرورة) فان الخرازين لا يتأتى لهم ذلك العمل بدونه (و هو) يوجد مباح الأصل فلا حاجة الى بيعه فلم يكن بيعه في محل الضرورة حتى يجوز وعلى هذا قال الفقيه أبو الليث فان لم يوجد الا بالشراء جاز شراؤه لشمول الحاجة اليه وقد قيل أيضا ان الضرورة ليست ثابتة في الخنزير بل يمكن أن يقام بغيره وقد كان ابن سيرين لا يلبس خفاخر بشعر الخنزير فعلى هذا لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به وروى أبو يوسف كراهة الانتفاع به لان ذلك العمل يتأتى بدونه كما ذكرنا الا أن يقال ذلك فرد شمله مشقة في خاصة نفسه فلا يجوز أن يلزم العموم حرمانه ثم (قال أبو يوسف انه لو وقع في ماء قليل أفسده وعند محمد لا ينجس به لان حل الانتفاع به دليل طهارته) والصحيح قول أبي يوسف لان حكم الضرورة لا يتعد اها وحى في الخنزير فتكون بالنسبة اليه فقط كذلك وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم ينبغي أن يتخرج على القول بطهارته في حقهم أما على قول أبي يوسف فلا وهو الوجه فان الضرورة لم تدعهم الى أن يعلق بهم بحيث لا يقدر على الانتفاع عنه ويجمع على ثبائهم هذا المقدار (قوله ولا يجوز بيع شعر الانسان) مع قولنا بطهارته (والانتفاع به لان الأدي مكرم غير مبتذل فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهانا مبتذلا

(٣) قوله سيهوب كذا في النسخ التي بأيدينا ولم نجد مقررا له صحيحه

وفي

ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الزاولة والمستوصلة والزاولة من فصل الشعر والمستوصلة من يفعل به اذ لك فان قيل جعل المصنف رحمه الله الله بيع شعر الخنزير اعزازا فيما تقدم وجعل بيع شعر الادمى اهانة له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز أن يكون موجبا لأميرين متنافيين وأجيب بأن البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع فان كان محاقرة الشرع فبيعه ومبادلته بماله بخنزه اعزازه فلا يجوز ولا فضائه الى اعزاز ما حقره الشرع وان كان مما كرمه وعظله فبيعه ومبادلته بماله ليس كذلك اهانة له فلا يجوز ولا فضائه الى تخقير ما عظله الشرع فليس ذلك من البيع في شيء وانما هو من وصف المحل ثم ان عدم جواز ما ليس للنجاسة على الصحيح لان شعر غير الانسان لا ينجس بالازالة لشعره وهو طاهر أولى ولان في تناثر الشعر ضرورية وهي تنافي النجاسة وقال الشافعي نجس لحرمه الانتفاع به وهو متجوز بالضرورة ولا بأس بالتخاذه القراميل وهي ما يتخذ من الوبر يزيد في قرون (٢٠٣) النساء أى في أصول شعرهن بالتكثير

وفي ذواتهن بالاطويل ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لانه غير منتفع بها للنجاسة قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ كذا روى عن الخليل وقد مر في كتاب الصلاة فان قيل نجاستها مجاورة باتصال الرسومات ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس أجيب بأنهم اختلفوا في عالم زابل بالدباغ فهي كعين الجلد بخلاف نجاسة الثوب فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم (لا تنتفعوا من الميتة يقتضي المشروعية فمن أين الا جواز الجواب انه منى عن الافعال الحسية وهو يفيد طالع التقرير قطع عليه) ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طاهرة به) لأن تأثيره في ازالة الرطوبات كالكاء والجلد يطهر بها فيطهر بالدباغ ولا بأس ببيع

وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الله الزاولة والمستوصلة الحديث واعايرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذواتهن قال (ولا يبيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) لانه غير منتفع به قال عليه الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ) لانها قد ظهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصها وصفوها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله) لانها طاهرة لا يجلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل

وفي بيعه اهانة له وكذا في امته بالانتفاع وقد قال صلى الله عليه وسلم فيما ثبت عنه في الصحيحين (لعن الله الزاولة والمستوصلة) والواشمة والمستوشمة فالواصلة هي التي فصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة المعلوم بها انهن اورضاها وهذا لعن الانتفاع بما لا يحل الانتفاع به ألا ترى أنه رخص في اتخاذ القراميل وهو ما يتخذ من الوبر يزيد في قرون النساء للتكثير فظهر أن العن ليس للتكثير مع عدم الكثرة والامتنع القراميل ولا شك أن الزينة حلال قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده فلولا لزوم الاهانة بالاستعمال لحل وصلها بشعر النساء أيضا وفي الحديث لعن الله النامصة والمتمصصة أيضا والنامصة هي التي تنفخ الحجاب لترقه والمتمصصة التي يفعل بها ذلك (قوله ولا يبيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لانها غير منتفع بها) قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب) وتقدم في الصلاة تقريره وتخريجها ولا خلاف في هذا فان قيل نجاستها ليست الا لما يجاورها من الرطوبات النجسة فهي متنجسة فكان ينبغي أن يجوز بيعها كالثوب النجس أجيب بأن النجس منها باعتبار أصل الخلقة فإليه فهي كعين الجلد فعلى هذا يكون الجلد نجس العين بخلاف الثوب والدهن النجس فان النجاسة فيه عارضة فلا يغيره حكم الثوب بحاقبه وهذا السؤال ليس في تقرير المصنف ما يرد عليه أولا لا يحتاج الى الجواب عنه فإنه ما علل المنع الابعدم الانتفاع به وانما يرد على من علل بالنجاسة ولا ينبغي أن يعال بها بطلان بيع أصلها فان بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهي عدم المالية فان بيع السرقين جائز وهو نجس العين للانتفاع به كما ذكرنا وأما جواز بيعها بعد الدباغ فلهل الانتفاع بها حينئذ شرعا والحكم بظهارتها زيادة تثبت شرعا على خلاف قول مالك وتقدم في الصلاة (ويجوز بيع عظام الميتة وعصها وصفوها وقرنها وشعرها) ورشها ومنقارها وظلقتها وحافرها

عظام الميتة وعصها وصفوها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يجلها الموت لعدم الحياة وقد تقدم في كتاب الصلاة قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الله الزاولة والمستوصلة الحديث) أقول قال الزبلي اعلمنا لا انتفاع بماله من اهانة المكرم انتهى وفيه بحث (قوله وأجيب بأن البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع الخ) أقول فيه بحث اذ لو تم ما ذكره لكان البيع عيانا لله في التحقير والتعظيم جائزا وليس كذلك الآن يقال لا نظير لذلك في الشرع وفيه تأمل أو يقال ما ذكرته كلام على السند ولعل الأولى أن يقال في جواب أصل السؤال ان بعض الاشياء خلق مالكا فجعله مملوكا اهانة له لكونه حطاعا عن درجته وبعض الاشياء أخرجه الله عن دائرة الانتفاع والمالوكية فجعله مملوكا رفعه عن مرتبته ولا بد في ايجاب الشيء الواحد أمرين متنافيين في محلين مختلفين ألا يرى أن الشمس بيض الثوب وتسود وجهه القصار ونعقد الخ وتذيب الشمع فليتأمل (قوله فليس ذلك) أقول أى ما ذكر من الاهانة والاعزاز (قوله من المبيع في شيء) أقول لعل المراد أن المبيع ليس موجبا نالها ما حتى يرد السؤال (قوله فالجواب انه منى الخ) أقول فيه بحث

(والفيل) كالتجزير نجس العين عند محمد) اعتبارا به في خرمة اللحم وغيره قال لا تنفع عليه الزكاة واذا ادبغ بجلده لم يطهر وعندنا ما يبرئ  
السباع يباع عظمه لانه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين بل كان كالكتاب ومما راسع قالوا يبيع عظمه انما يجوز  
اذا لم تكن عليه دسرة واما اذا كانت (٣٠٤) فهو نجس فلا يجوز بيعه قال (واذا كان السفل لرجل وعلاه لا يرقى قسطا

أو سقط العلو وحده فباع  
صاحب العلو لم يبرأ لم يجز  
لان حق التعلى ليس بمال  
اذا لم يكن اسرازه والمال  
هو المحلل للبيع) فان قيل  
الشرب حق الارض ولهذا  
قال في كتاب الشرب اذا  
اشترى أرضا لم يكن له شرب  
فينبغي أن لا يجوز أبا  
بقوله بخلاف الشرب حيث  
يجوز بيعه تبعاً للارض  
باتفاق الروايات ومفردا في  
رواية وهو اختيار مشايخ  
بل لانه حظ من الماء لوجوب  
الضمان بالاتلاف فان من  
سقى أرض نفسه ماء غيره  
يضمن ولان له حظا من الثمن  
ذكره في كتاب الشرب قال  
في شاهدين شهد أحدهما  
بشراء أرض بشرها بألف  
والآخر بشرها بألف ولم  
يذكر الشرب لم تقبل لانها  
اختلفا في ثمن الارض لان  
بعض الثمن يقابل الشرب  
وانما لم يجز بيع الشرب  
وحده في ظاهر الرواية  
لجهالة لا باعتبار انه ليس  
بمال يخلاف بيعه معها  
تبعاً لوالها باعتبار التبعية

والفيل كالتجزير نجس العين عند محمد رحمه الله وعندنا ما يبرئ السباع حتى يباع عظمه وينتفع به  
قال (واذا كان السفل لرجل وعلاه لا يرقى قسطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علاه لم يجز)  
لان حق التعلى ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحلل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز  
بيعه تبعاً للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بل رجحهم الله لانه حظ من الماء  
ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب

فان هذه الاشياء ظاهرة لا تخفى الحياة فلا يحلها الموت وتقدم في الصلاة (قوله والفيل كالتجزير نجس  
العين عند محمد) فيكون حكمه حكمه وعند أبي حنيفة وأبي يوسف هو كسائر السباع نجس السور  
واللحم لا العين فيجوز بيع عظمه والاتفاق به في الحمل والمقابلة والركوب فكان كالكتاب يجوز  
الاتفاق به قيل وروى ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى لفاطمة سوارين من عاج وظاهر استعمال  
الناس له من غير تكبر ومنهم من حكى اجماع العلماء على جواز بيعه وفي البخاري قال الزهري في عظام  
الميتة نحو الفيل وغيره أدركت ناسا من سلف العلماء يمتشطون بها ويدهنون فيها لايرون بأسا وقال ابن  
سيرين وابراهيم لابأس بتجارة العلاج وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة منع بيع القرد وروى الحسن  
عنه أنه يجوز بيعه وهو المختار لانه مما ينتفع به في بعض الاشياء (قوله واذا كان السفل لرجل وعلاه  
لا يرقى قسطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علاه لم يجز) لان المبيع حينئذ ليس الا حق  
التعلى (وحق التعلى ليس بمال لان المال عين يمكن احرازها) واما كهاولاهو حق متعلق بالمال  
بل هو حق متعلق بالهواء وليس الهواء مالا يباع والمبيع لابد أن يكون أحدهما وقول المصنف (والمال  
هو المحلل للبيع) تساهل أو تزيل للتعلق بالمال منزلة المال (بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً  
للارض باتفاق الروايات) فيما اذا كان الشرب شرب تلك الارض أما اذا باع أرضا مع شرب غيرها  
ففي صحتها اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يجوز مفردا كبيع الشرب يوما أو يومين حتى تزداد نوبته  
وجوزه مشايخ بل كآبي بكر الاسكافي ومحمد بن مسلمة لان أهل بلع تعاملوا ذلك لحاجتهم اليه والقيام  
بترك التعامل كاجوز السلم للضرورة والاستصناع للتعامل (ولانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف  
وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب) فانه قال فيه ادعى رجل شراء أرض بشرها بألف  
فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما في مقدار ثمن الارض لان  
الذي زاد الشرب نقص من ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب فصار كاختلافهما في مقدار الثمن  
وقيل لو باع أرضا بشرها فاستحق شربا يحط من الثمن نصيب الشرب واما ضممانه بالاتلاف وهو بان  
يسقى أرضه شرب غيره فهو رواية البرزوي وعلى رواية شيخ الاسلام لا يضمن وقيل يضمن اذا جع الماء  
ثم ألقاه ولا يضمن قبل الجمع وحينئذ فالإلزام به من رد الاختلاف فيه الى الاختلاف فيه فلا يلزم المخالف وعن  
الشيخ جلال الدين ابن المصنف انه قصر ضممانه بالاتلاف على ما اذا كان شهده الآخر ثم رجع بعد  
القضاء وقال لا وجه للضمان بالاتلاف الا بهذه الصورة لانه لو ضمن بغيرها قام بالسقي أو منع حتى  
الشرب لا وجه الى الاول لان الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا الى الثاني لان منع حق الغير ليس ميا  
للضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد واما أنه حظ من الماء فهو عين أو شيء يتعلق بالعين فأورد

الذهب في ملكه وقت البيع وان وجد في أرضه فالماء ليس بملك له فلا يجوز بيعه لانه لا يملكه ولا منفردا  
قلت لا حاجة الى وجود العين في ملكه للبيع وقت البيع كافي الاستصناع والسلم فيجوز بيعه أما قوله والماء ليس بملك فلما اذا وجد في  
أرضه وألقاه آخر يضمن كذا في شرح شاهان الا أنه مخالف لما ذكره في شرح قول المصنف ولا يجوز بيع المرائي كما سبق  
فلما مل وسبق في آخر كتاب الشرب أنه لا يضمن اذا سقى من شرب غيره

وهو البناء فأشبهه المنافع أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبهه الاعيان قال (ومن باع جارية  
فإذا هو غلام فلا يبيع بينهما بخلاف ما إذا باع كبشاً فإنه لو نجح حيث ينعقد البيع وتغيير والفرق  
ينبغي على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد ووجه الله وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمع على  
مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدى الجنس يتعلق بالمشار إليه ويعقد  
لوجوده وتغيير لقوات الوصف كمن اشترى عبداً على أنه خباز فإذا هو كاتب وفي مسئلتنا المذكورة التي  
من بنى آدم جنسان المتفاوت في الأغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعبر في هذا  
دون الأصل

وهو أنه ليس حقاً متعلقاً بما هو مال بل بالهواء وفي هذا نظر فإن ذلك إذا باع حق التعلّي بعد سقوط العلم  
فإنما يكون نظرياً ما إذا باع حق التيسيل على السطح ولا سطح وإن كان على الأرض وهو أن يسيل الماء عن  
أرضه كي لا يفسد ما فيه على أرض غيره فهو وجوب حمل الجوهالة المحل الذي يأخذه الماء بقيت حاجة إلى  
الفرق بين حق التعلّي حيث لا يجوز وبين حق المرور حيث يجوز على رواية وإنما احتج إلى الفرق لأن  
علل المنع في حق التعلّي بأنه ليس بمال فإدعى عليه أن حق المرور كذلك وقد جاز بيعه في رواية وفي كل منهما  
بيع الحق لا بيع العين وهو أن حق المرور حق يتعلق بالأرض وهي مال هو عين فالتعلق به يكون  
له حكم العين أما حق التعلّي فحق يتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال وأما فرق المصنف بأن حق التعلّي  
يتعلق بالبناء وهو عين لا تبقى فأشبهه المنافع بخلاف الأرض فليس بذلك لأن البيع كما يرد على ما يبي  
من الاعيان كذلك يرد على ما لا يبقى وإن أشبهه المنافع وإذا صحح الفقيه أبو الليث رواية الزيادات المانعة  
من جواز بيعه لأن بيع الحقوق المجردة لا يجوز كالنسييل وحق المرور (قوله ومن اشترى إلى آخره)  
إذا اشترى هذه الجارية فظهرت غلاماً فالبيع باطل لعدم المبيع وهذه وأمثالها تنبئ على الأصل الذي  
تقدم في المهر أنه إذا اجتمع تسمية وإشارة إلى شيء كما ذكرنا من هذه الجارية حيث أشار إلى ذات ومما  
جارية فإن المسمى مع المشار إليه جنسان مختلفان كانت العبرة للتسمية لأن التسمية أبلغ في التعريف  
من الإشارة لأن الإشارة تعرف الذات الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المستدركة فمما أتت الذوات  
وغيرها من ذوات لا تخص معرفة عند العقل بأشياء تلك الذوات وغيرها ونحن في مقام التعريف  
فيتعلق بما تعريفه أبلغ وحيث يبطل العقد لعدم المبيع الذي هو المسمى ذكره المصنف وهو الظاهر  
من قول محمد فإنه غير هنا بقوله فلا يبيع بينهما وقيل بل هو فاسد وإن كانا من جنس واحد لأن اختلافهما  
بالصفة فاحش كان أيضاً باختلاف الجنس فيكون البيع باطلاً وإن كان قليلاً اعتبر الإشارة فينعقد  
البيع لو رده على مبيع قائم لأنه ذكر فيه وصفاً غريباً فيه فلم يجده المشتري فثبت له الخيار وقول  
المصنف (والفرق ينبغي على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد) لا يرد أن الأصل مختلف فيه بل  
هو متفق عليه وإنما ذكره محمد في خلافته في المهر مستدلاً به على قوله فيما إذا تزوج على هذا الدن من  
الخل فإذا هو جرح من الجنسين كل ذكر مع أنثى من بنى آدم وإن كان متحدى الجنس المنطقي وهو الذاتي  
المقول على كثيرين مختلفين بغيره داخل فقد اختلفا فيهما بخلاف الذكر والأنثى من سائر البهائم  
غير الأدمى فإن البيع ينعقد ويثبت الخيار ونقل القدوري عن زفر أنه جعل الذكر والأنثى من بنى آدم  
كأن ذكر والأنثى من غيرهما حكمهم بجواز البيع وأجيب بالفرق بفحش اختلاف الأغراض منهن  
فالخبا بالجنسين فالغلام يراد خدمة الخارج كالزراعة والتجارة والحراثة والأنثى لخدمة الداخل كالعجن  
والطبخ والاستفراش بخلاف الغلام فكان اختلافهما كاختلاف الجنس بل ليس الجنس في الفقه  
الالمقول على كثيرين لا بتفاوت الغرض منها فاحشاً فالجنسان ما يتفاوت منهن فاحشاً لا نظر إلى الذاتي  
وهذا قول المصنف (وهو المعبر في هذا دون الأصل) يعني المعبر في أنهما جنسان أو جنس واحد بتفاوت

وهو البناء فأشبهه المنافع  
وعقد البيع لا يرد علمه أما  
حق المرور فيتعلق بعين  
تبقى وهو الأرض فأشبهه  
الاعيان والبيع يرد عليها  
فظهر من هذا أن محل البيع  
أما الاعيان التي هي أموال  
أَوْ حق يتعلق بها وفيه نظر  
لأن السكنى من الدار مثلاً  
حق يتعلق بعين تبقى هو  
مال ولا يجوز بيعه قال  
(ومن باع جارية فإذا هو  
غلام) أي أن الذكر والأنثى  
قد يكونان جنسين لفحش  
التفاوت بينهما وقد يكونان  
جنساً واحداً فقلت فالغلام  
والجارية جنسان لأن الغلام  
يصل لخدمة خارج البيت  
كالجارة والزراعة وغيرهما  
والجارية لخدمة داخل البيت  
كالاستفراش والاستعداد  
الذين لم يصل لهما الغلام  
بالكسبة والكسب والنجمة  
جنس واحد لأن الغرض  
السكنى من الحيوانات الأكل  
والركوب والحمل والذكر  
والأنثى في ذلك سواء فالمعبر  
في اختلاف الجنس  
وإنما تفاوت الأغراض  
دون الأصل

قوله ومن اشترى عبارة  
المصنف ومن باع الخ آفاده  
العلامة البحر اوى وسيأتى  
تفسيرها ومن اشترى جارية  
الخ كتبه رحمه الله



كانحل والدبس فانهم ما جنسان مع اتحاد أصلهما العنلم النفاوت والوذاري بكسر الزاو وفتحها ثوب منسوب الى وذار قر به بسم رقند والزنديجي ثوب منسوب الى زنده نقر به بخاري جنسان مختلفان على ما قال المشايخ في شروح الجامع الصغير واذ اعرف هذا فاذا وقعت الإشارة على مبيع ذكر تسمية فان كان ذلك مما يكون الذك والاثني فيه جنسين كبنى آدم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل بانعدامه واذ قال بطلت هذه الجارية فاذا هي غلام بطل المبيع لفوات التسمية التي هي ابلغ في التعريف من الإشارة فان التسمية لبيان المبيعة يعني موضوعا بصفة والإشارة لتعريف الذات يعني مجردا عن بيان صفة (٢٠٧)

مما يكونان جنسا واحدا فالعقد يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده لان العبرة اذ ذلك للإشارة للتسمية لان ما هي وجد في المشار اليه فصار حق التسمية مقضيا بالمشار اليه وقد ذكرنا تمام ذلك في كتاب النكاح في تعليل محمدرجه الله اذا باع كبشا فاذا عو نجمة صح البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فانه اذا خرج عن كونه معروفا جعل للترغيب حذرا عن الالغاء فصار كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب فهو بالخيار وقد يشير كلام المصنف الى ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه أنقص لان الظاهر ان صفة الخبز لا تربو على الكتابة وقد ذكر صاحب المحيطة والعتابي كذلك وقال فخر الاسلام وأخوه صدر الاسلام والصادر الشهيد أن الموجودان كان أنقص من المشروط

كانحل والدبس جنسان والوذاري والزنديجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما قال (ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قيل ان ينقد الثمن الاول لا يجوز البيع الثاني)

الاغراض تفاوتا بعيدا فيكون من اختلاف الجنس أو قر به فيكون من الجنس الواحد دون اختلاف الأصل يعني الذاتي ولذا قالوا (الحل مع الدبس جنسان) مع اتحاد أصلهما بقبض تفاوت الغرض منهما (والوذاري والزنديجي كذلك والوذاري بفتح الواو وكسرها واو عجم الذا لثمراء مهملة نسبة الى وذار قر به من فري سمرقند والزنديجي زاي ثم فون ثم دال مهملة ثم فون أخرى ثم باع ثم جيم نسبة الى زنده بفتح الزاي والتون الاخيرة والجيم زيدت على خلاف القياس (مع اتحاد أصلهما) هكذا ذكره المصنف عن المشايخ وما ذكر لابي حنيفة في باب المهر يقتضي أنه اعتبر الحل مع الخمر جنسا واحدا ومقتضاه أن يعتبر الحل مع الدبس كذلك ومن المختلفين جنسا ما اذا باع فصاعا على انه ياقوت فاذا هو زجاج فالباع باطل ولو باعه ليلاعا على انه ياقوت أحر قطهراً أصفر صح ويخير كما اذا باع ٣ عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب كذا ذكره المصنف وان كانت صناعة الكعبة أشرف عند الناس من الخبز كان المصنف ممن لا يفرق من المشايخين كون الصفة ظهرت خيرا من الصفة التي عينت أولا في ثبوت الخيار كما أطاق في المحيط ثبوت الخيار وذهب آخرون منهم صدر الاسلام وظهير الدين الى انه انما ثبت اذا كان الموجود انقص وصح الاول لفوات غرض المشتري فان الظاهر ان غرضه من يقوم بحاجته التي عينها بالبيع غرضه الا ان وكان مستندا المفضلين ما تقدم فحين اشترى عبدا على انه كافر فاذا هو مسلم لا خيار له لانه خير مما عين وقد يفرق بأن الغرض وهو استخدام العبد بما يليق به لا يتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة وأمورها أو التجارة وأمورها بخلاف تعيين الخبز والكتابة ونحوه فانه يقيدها أن حاجته التي لاجلها اشترى هي هذا الوصف (قوله) ومن باع جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع قبل نقد الثمن) بمثل الثمن أو أكثر جاز وان باعها من البائع باقل لا يجوز عندنا وكذا لو اشترى عبدا أو مكاتبه ولو اشترى ولده أو والده أو زوجته فكذلك عنده وعندهما يجوز لتباين الاملاك وكان كالمواشاة آخر وهو يقول كل منهن بمنزلة الآخر ولذا لا تقبل شهادة أحدهما الآخر ولو اشترى وكيل البائع بأقل من الثمن الاول جاز عنده خلافا لما لان تصرف الوكيل عنده يقع لنفسه فلذا يجوز لاسلم أن يوكل ذميا بشراء خروبيعه عنده ولكن ينتقل الملك الى الموكل حكما فكان كالمواشاة لنفسه فبات فورته البائع وعندهما عقد الوكيل كعقده ولو اشتراه وارثه يجوز في ظاهر الرواية عنهم وعن أبي يوسف لا يجوز ولو باعه المشتري من رجل أو وهبه ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل يجوز لاختلاف الاسباب بالاشبه وبه يختلف المسببات وبقولنا قال مالك وأحمد وقيد بقوله قبل نقد الثمن لان ما بعده يجوز بالاجماع بأقل من الثمن

الفئات كان له الخيار وان كان زائدا فهو للمشتري ونص الكرخي على ذلك في مختصره ولكل واحد منهما وجه أما الاول فلان المشتري قد يكون محتاجا الى خيار فيلزم الكاتب بتصريفه لانيتم منه الرضا وأما الثاني فلما تقدم ان المشتري اذا وجد الثوب المسمى عشرة تسعة خير وان وجد أحد عشر فهو له بلا خيار قال (ومن اشترى جارية بألف درهم) من اشترى شيأ بألف درهم (حالة أو نسيئة فقبضه ثم باعه من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن) (٣) قوله كما اذا باع الخ كذا في نسخ ولعلها نسخة وقعت للكمال اه محكيه

قال المصنف (والوذاري والزنديجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما) أقول الوذاري بفتح الواو وكسرها والذا لثمراء مهملة نسبة الى وذار قر به بسم رقند والزنديجي ثوب منسوب الى زنده نقر به بخاري جنسان مختلفان على ما قال المشايخ في شروح الجامع الصغير واذ اعرف هذا فاذا وقعت الإشارة على مبيع ذكر تسمية فان كان ذلك مما يكون الذك والاثني فيه جنسين كبنى آدم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل بانعدامه واذ قال بطلت هذه الجارية فاذا هي غلام بطل المبيع لفوات التسمية التي هي ابلغ في التعريف من الإشارة فان التسمية لبيان المبيعة يعني موضوعا بصفة والإشارة لتعريف الذات يعني مجردا عن بيان صفة (٢٠٧)



عائشة يفيد أن المرأة هي التي باعت زيدا بعد أن اشترت منه وحصل له الربح لأن شريته معناه باعت  
قال تعالى وشروه بثمن بخس أي باعوه وهو رواية أبي حنيفة فإنه روى في مسنده عن أبي اسحق السبيعي  
عن امرأته أبي السفران امرأته قالت لعائشة رضي الله عنها إن زيدا بن أرقم باعني جارية بثمانمائة درهم ثم  
اشترها مني بثمانمائة فقالت أبلغه عني إن الله أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب  
ففي هذا أن الذي باع زيد ثم اشتد وحصل له الربح له ولكن رواية غير أبي حنيفة من أئمة الحديث عكسه  
روى الإمام أحمد بن حنبل حدثنا محمد بن جعفر حدثنا شعبة عن أبي اسحق السبيعي عن امرأته أنها  
دخلت على عائشة هي وأم ولد زيد بن أرقم فقالت أم ولد زيد لعائشة اني بعثت من زيد غلاما بثمانمائة  
درهم نسيئة واشتريته بثمانمائة فقد افقت أبلغني زيدا أن قد أبطلت جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم  
وسلم إلا أن تتوب بتس ما اشتريته وتس ما شريته وهذا فيه أن الذي حصل له الربح هي المرأة قال ابن  
عبد الهادي في التمهيد هذا السناد جيد وإن كان الشافعي قال لا يثبت مثله عن عائشة وقول الدارقطني  
في العلية هي مجهولة لا يحتج بها فيه نظر فقد خالفه غير واحد ولولا أن عند أم المؤمنين علما من رسول  
الله صلى الله عليه وسلم أن هذا محرم لم تستجز أن تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد وقال غيره هذا مما  
لا يدرك بالزأى والمراد بالعية امرأته أبي اسحق السبيعي التي ذكر أنهم أدخلت مع أم الولد على عائشة قال  
ابن الجوزي قالوا إن العلية امرأته مجهولة لا يحتج بنقل خبرها قلنا هي امرأة جليدة القدر ذكرها ابن سعد  
في الطبقات فقال العلية بنت أنفع بن شراحيل امرأة أبي اسحق السبيعي سمعت من عائشة وقولها بتس  
ما شريته أي بعثت قال تعالى وشروه بثمن بخس أي باعوه وانما ذمت العقد الاول لانه وسيلة وذمت الثاني  
لانه مقصود بالفساد وروى هذا الحديث على هذا النحو عبد الرزاق قال أخبرنا معمر والثوري عن  
أبي اسحق عن امرأته أنهم أدخلت على عائشة في نسوة فسألتهن امرأته فقالت كانت لي جارية فبعتهن من  
زيد بن أرقم بثمانمائة إلى العطاء ثم ابتعتها منه بثمانمائة فقدها الستمائة وكتب لي عليه ثمانمائة فقالت  
عائشة إلى قولها إلا أن تتوب وزاد فقالت المرأة لعائشة أ رأيت أن أخذت رأس مالي ورددت عليه  
الفضل فقالت فن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف لا يقال إن قول عائشة وردها لجهالة الاجل  
وهو البيع إلى العطاء فان عائشة كانت ترى جواز الاجل إلى العطاء ذكره في الاسرار وغيره والذي عقل  
من معنى انتهى انه استرجع ما ليس في ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجوع ما لم يضمن  
وهذا لان الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض فاذا عاد اليه الملك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن  
فهو يرجع حصل لاعلى ضمانه من جهة من باعه وهذا لا يوجد فيما اذا اشتراه بمثل الثمن أو أكثر فبطل  
الحاق الشافعي بذلك بخلاف ما لو باعه المشتري من غير البائع فاشتراه البائع منه لان اختلاف الاسباب  
يوجب اختلاف الاعيان حكما وكذا لو دخل في المبيع عيب فاشتراه البائع بأقل لان الملك لم يعد اليه  
بالصفة التي خرج فلا يتحقق رجوع ما لم يضمن بل يجعل النقصان بمقابلته الجزء الذي احتبس عند المشتري  
سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب أو دونه حتى لو كان النقصان نقصان سعر فهو وغير معتبر في  
العقد لانه فقور في رغبات الناس فيه وليس من فوات جزء من العين ولذلك اذا اشتراه بجنس آخر غير الثمن  
جاز لان الربح لا يتحقق عينه مع اختلاف الجنس لان الفضل انما يظهر بالتقويم والبيع لا يعقب  
ذلك بخلافه بجنس الثمن الاول اظهروه بالتقويم وقد أورد عليه تجويز كون انكار عائشة لوقوع  
البيع الثاني قبل قبض المبيع اذا قبض لم يذكر في الحديث قلنا لا يصح هذا لان ذمته لاجل الربا  
بقريته تلاوة آية الربا وليس في بيع المبيع قبل القبض ربا ولا يحتج بضعف هذا الجواب لان تلاوة  
الآية ظاهرة في كونها الاشتمالها على قبول التوبة جوابا لقول المرأة أ رأيت أن أخذت رأس مالي ورددت  
عليه الفضل كان هذا مع التوبة قبلت آية ظاهرة في قبول التوبة وإن كان سوقها في القرآن في

قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة) هذه من قروع المسئلة المتقدمة لانها مبنية على شرائها باء باقل مما باع قبل نقد الثمن ولهذا البيع في التي اشتراها من البائع وبينه ما قال لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلته التي لم يشترها منه فيكون مشتر بالاشترى باقل مما باع بونه تقدم فساد وفوقه عاذا باءها بالبائع وخمسمائة فان البيع فاسد ذكرها في جامعها والعلمان في الاتفاق خمس الائمة وفقر الاستدلال كان الفساد في المسئلة الموضوعة في الكتاب كذا كثرتم لفساد البيع لان عند القسمة يصيب كل واحد منهما أكثر من خمسمائة من غيري فيما لا اصل المذكور واجيب بان النفس ادلت عذرجها بالجواز وبما انه انما جعلناه باءا باءها الفاجاز وان جعلنا الفاجازية في ذلك لم يرأوليس البعض بالخل عليه اول من بعض فاستمع الجواز وفيه نظر لان اضافة الفساد الى تعدد جهات الجواز يشبه الفساد في الوعد فلا تكون صحيحة على أنه مارض بان يجعل الجارية التي لم يشترها منه في مقابلة مائة ومائتين والمائة أو أقل أو أكثر فتعد جهات الجواز وليس البعض اول وبان كل جهة تصلح ان تكون على الجواز فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز من جهة علم ارجحها بكثر الامة وهو لا يجوز على ما عرفت والاولى ان يقال جهات الجواز تقتضي وجهات الفساد تقتضيها والترجح هنا للفسد ترجيح المحرم ولا يبري الفساد منها الى غير المشترا لان الفساد ضعيف في الامور ما لانه محتم فيه بخلاف الشافعي المتقدم وفيه نظر اما اولاد ان كونه محتم فيه ان كان خلاف الشافعي فلا يكاد يصح لان خلاف الشافعي كان بعد وضع المسئلة فكيف توضع المسئلة بناء على شيء لم يقع بعد ولان ابا حنيفة رحمه الله ابطال اسلام القومية في القومية والمروية مع ان فساد العقد بسبب الجنسية محتم فيه فانه لو اسلم قوهما في قومي غير عند الشافعي ومع ذلك تعدى فساد (٣١٠) ذلك الى المقرون به وهو اسلام القوم في المروي واما لان الفساد في المشترا باعتبار

قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة) فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلته التي لم يشترها منه فيكون مشتر بالاشترى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبنا ولا يبيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه محتم فيه اولاً ولانه باعتبار شبهة الربا اولاً لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة الربا وورد عليه طاب الفرق بين النبي عن بيع الولد والسكائن مع امه مفردا لم يوجب الفساد فلم اوجب هذا النبي اجيب بان النبي اذا كان لا يبرج الى نفس البيع اوجب وان كان لا يبرج خارج لا والنبي فيما ذكر للتفسير في لالنفس البيع حتى لو فرق بينهما بغير البيع اثم فيكره البيع في نفسه كالبائع وقت الذماء وهناك شبهة الربا وهو مخصوص بالبيع وشبهة الربا يحكم حقيقة (قوله ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع) بخمسمائة (قبل نقد الثمن) فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى وهذا فرع المسئلة السابقة وهي ان شرائها باء من المشتري باقل مما باع به قبل نقد الثمن لا يجوز (و) وجهه (انه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلته التي لم يشترها منه فيكون مشتر بالاشترى) والتي باعها (باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبنا)

شبهة الربا فلا اعتبارنا في التي نعت اليها كان ذلك اعتبارا لشبهة الشبهة وهي غير معتبرة وبما انه ان في المشترا شبهة الربا بان في المسئلة الاولى انما لم يصح شرائها باء باقل مما باع قبل نقد الثمن اشبهة الربا لان الالف وان وجب للبائع بالعقد الاول لكنها على شرف السقوط لاحتمال ان يجد المشتري بها عسافا فريدان فقط الثمن عن المشتري وبالبائع الثاني

يقع الامن عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشتر بالثمن بخمسمائة من هذا الوجه والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب وهي الربا واما لان الفساد طارئ اوجهين أحدهما انه قابل الثمن بالجارية وهي مقابلة صحيحة اذ لم يشترط فيها أن يكون باءا باءه اقل من الثمن الاول لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمته ما صار البعض باءا باءه والبعض باءا باءه لم يبيع ففسد البيع فيما باع ولا شك في كونه طارئا فلا يتعدى الى الاخرى ولا يشكل عما اذا جرح بين عبد ومدير وباعها ماضقة واحدة فان المفسد مقارن لان قبول كل منهما شرط لصحة العقد في الآخر والعقد جائز في العبد لان خمس الائمة قد قال البيع في المدير غير فاسد ولهذا الواحا القاضى بيمينه جاز وانكسر نافذ حتى المدير وذلك لمعنى فيه لافي العقد فلهذا لا يتعدى الى الآخر والثاني المقاصة فانه لم باعها بالبائع

(قوله وبينه انما جعلناه باءا باءها) أقول أنت الضمير الراجع الى الموصول باعتبار كونه عبارة عن الجارية (قوله والاولى ان يقال جهات الجواز تقتضي وجهه الفساد تقتضيها) أقول فيه بحث ثم اعلم أن الضمير الاول في قوله تقتضيها راجع الى الجواز والضمير الثاني في تقتضيها راجع الى الفساد (قوله وفيه نظر اما اولاد فلا ت كونه محتم فيه الخ) أقول يجوز ان يقال المراد من قوله محتم فيه انه محل للاحتياط قابل له وقوله بخلاف الشافعي دليل على ذلك فانه لو لم يكن محتما للاحتياط لم يخالف الشافعي فيه فليتدبر (قوله ومع ذلك تعدى فساد ذلك الخ) أقول واجيب بان السلم مبنية على المضاربة فلذلك اعتبر فيه شروط لم تعتبر في مطلق البيع فيمناسبه السراية بخلاف ما نحن فيه وأجاب في الكافي بجواب آخر فراجع (قوله لان خمس الائمة قد قال البيع في المدير) أقول لتعديل لقوله ولا يشكل الخ (قوله والثاني المقاصة) أقول معطوف على قوله أسد هما انه قابل للثمن

وهي التي ضمت اليها وأورد عليه أن علل الفساد في التي باعها ثم اشتراها لو كان أصابة حصتها أياها أقل من خمسمائة المستلزم لشراؤها بأقل مما باعها به لزم أن لا يفسد البيع في التي اشتراها بخمسمائة لو باعها وأخرى معها ألف وخمسمائة لأن عند تقسيم الثمن عليهم ما يصيب كلا منهما أكثر من خمسمائة فليس فيه شراء بأقل مما باع قبل نقد الثمن لكن ذكره لأنه أيضا فاسد أجيب بأن الفساد في هذه المعنى آخر وهو تذكير جهات الجواز وليس البعض في الحل عليه بأولى من البعض فامتنع الجواز بخلاف الاكراه وأمثالها حيث يتجرى الجواز فيها لتعيين جهة الجواز على ما يجيء في كتاب الصرف وهذا لو صح لزم أن يمتنع ثبوت موجب له موجبات تثبت له دفعة فتمتنع تعدد العلل لأنه يقال فيما مثل ذلك ثم لا يشيع الفساد في الجارية بتبين وما أبشع قول قائل إذا كثرت جهات الحل بالامعاض يحرم والحق أن بينهم ما فرقا فان هناك الموجبات متحققة وهذا المجوز موقوف على الاعتبار فاذا اعتبر واحد أمكن اعتبار غيره ولكنه لا يزيد النظر الا وكادة فان الآخر قبل الاعتبار لا وجود له ومع ذلك لم يعمل المجوز الذي وجد وهو محقق بتحقيق الاعتبار فليتأمل وحين فهم بعض الشارحين ضعف هذا الوجه عدل الى وجهه ذكر أنه الوجه وهو أن من الممكّنات أن يعتد في مقابلة الجارية الاولى من الالف وخمسمائة أقل من خمسمائة واجتمع فيها محرم ومبيح فيفسد وليس هذا من المذهب في شيء بل اذا اجتمع فيه اعتبر وجه الصحة تصحها كما سيأتي في بيع قفيز خنطة وقفيز شعير بقفيز خنطة وشعير حيث يصح ويتجرى للجواز اعتبارا لتصحيح تصرف المسلم ولا اشكال فيه على قولهما بل على قوله لأن مذهب أبي حنيفة أن البيع اذا فسد بعضه فسد كله اذا كان الفساد مقارنا فدفعه المصنف بوجوه أولها أن الفساد فيما بيعت أو لا ضعيف لاختلاف العلماء فيه كما ذكرنا من مذهب الشافعي فلم يسر الاخرى كما اذا اشترى عبدين فاذا أحدهما مذبورا يفسد في الآخر كذلك بخلاف الجمع بين حر وعتد واستشكل بما لو أسلم قوهما في قوهي ومروى فانه باطل في الكل عنده وعندهما يصح في المروى كمال أسلم خنطة في شعير وزيت عنده يبطل في الكل وعندهما يصح في حصص الزيت مع ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فان اسلام هروى في هروى جائز عند الشافعي ولا يخلص منه الابتغى تعديل تعدى الفساد بقوة الفساد بالاجماع عليه الى تعليله بأنه يجعل الشرط الفاسد في أحدهما وهو شرط قبول العقد في الهروى شرط القبول في المروى فيفسد في المروى بالشرط الفاسد وفي الهروى باتحاد الجنس وكذا اعترف به شمس الأئمة بعد أن علل هو به في شرح الجامع ثانيها ان الفساد في الاولى لشبهة الربا وسلامة الفضل للبائع الاول بلا عوض ولا ضمان يقابله وهو منتف في المضمونة فلما اعتبرنا ذلك الشبهة في التي ضمت الى المشتراة أولا كان اعتبارا لشبهة الشبهة وهذا أحسن من تقرير قاضيان اعتبار الشبهة بأن الالف وهو الثمن الاول على شرف السقوط لاحتمال أن يجحد المشتري بها عينا فإيرده فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع الامن عنه فيكون البائع بالعقد الثاني مشتريا فالبائع خمسمائة فالثان الفاسد في الاول طارئ غير مقارن وله وجهان أحدهما انهم ما يذكروا في العقد ما يوجب فساد فانه قابل الثمن بالجاريتين وهذه المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن على قيمتهما فيصير البعض بازاء ما لم يبيع خمسين فيفسد البيع فيما باعه وهذا فاسد طرأ الآن لان الانقسام بعد وجوب الثمن أي بعد وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فلا تعدى الى الاخرى والاخر بسبب المقاصة فان المقاصة تقع بين الثمن الاول والثمن الثاني فيبقى من الثمن الاول فضل بلا عوض وذلك لان البائع الاول لما باعه بألف ثم اشتراها بخمسمائة قبل النقد فتقاصا الخمسمائة بخمسمائة منها فبقي للبائع من الثمن الاول فضل خمسمائة أخرى مع الجارية والمقاصة

ثم اشتراها قبل نقد الثمن  
بخمسمائة فتقاصا  
خمسمائة بخمسمائة مثلها  
بقي البائع خمسمائة أخرى  
مع الجارية والمقاصة تقع  
عقيب وجوب الثمن على  
البائع بالعقد الثاني  
فيفسد عندها وذلك  
لاشك في طرده



فلا يسرى الى غيرها قال (ومن اشترى زيتا على أن يزنه بنظره الح) العقدان مقتضاه أن يطرح عنه دون الطرف ما يوجد وعسى يكون

(٢١٢)

رطلا فيه وفاسد فانه شرط ما لا يقتضيه

وزنه أقل من ذلك أو أكثر  
فشرط مقدار معين مختلف  
لمستنداه وان اشترى على أن  
يزن ويطرح عنه بوزن  
الطرف جاز لكونه موافقا  
لمقتضاه قال (ومن اشترى  
سمنا في رزق الخ) ومن اشترى  
سمنا في رزق وردا للشرط  
فوزن بجاء عشرة أرتال  
فقال البائع الرزق غير هذا  
وهو خمسة أرتال فالقول  
قول المشتري لان هذا  
الاختلاف أمانا يعتبر في  
تعيين الرزق المقبوض أو في  
مقدار السمن فان كان  
الاول فالمشتري قابض  
(والقول قول القابض ضمينا)  
كان كالغاصب (أو أمينا)  
كالمودع وان كان الثاني  
فهو في الحقيقة اختلاف في  
الثمن (فيكون القول للمشتري  
لانه ينكر الزيادة) والقول قول  
المنكر مع يمينه فان قبل  
الاختلاف في الثمن بوجب  
التحالف فواجه العدول  
الى الحلف أوجب بانه  
يوجب اذا كان قصدا وهذا  
ضمني لو وقع في ضمن  
الاختلاف في الرزق والفتق  
فيه أن الاختلاف الابتدائي  
في الثمن انما يوجب التحالف  
ضرورة أن كل واحد  
منهم مادمع عقدا آخر

فلا يسرى الى غيرها قال (ومن اشترى زيتا على أن يزنه بنظره فيطرح عنه مكان كل ظرف خسين  
رطلا فهو فاسد واشترى على أن يطرح عنه بوزن الطرف جاز) لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد  
والثاني يقتضيه قال (ومن اشترى سمنا في رزق فردا الطرف وهو عشرة أرتال) فقال البائع الرزق غير هذا  
وهو خمسة أرتال فالقول قول المشتري لانه اعتبر اختلاف في تعيين الرزق المقبوض فالقول قول  
القابض ضمينا كان أو أمينا وان اعتبر اختلاف في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون  
القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة

تتبع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عند هافوطا رأى فلا يظهري في الاخرى من  
باع عبدين صفقة وبين عن كل ثم الحقا في عن أحدهما أجلا هو وقت المضاد فسد البيع فيه ولا يتعدى  
الى الآخر فكذا ما نحن فيه وأورد ينبغي أن يفسد العقد في الآخر لمعنى آخر وهو انه جعل قبول العقد  
فيما لا يصح وهو ما باعه أو لا شرط القبول في الآخر قلنا قبول العقد فيه ليس شرط فاسدا الا يرى  
أنه لو كان عنه مثل الثمن الاول أو خلاف جنسه كان صحيحا وانما الفساد لاجل الربح الحاصل لا على  
ضمائه وهذا يقتصر على العبد الذي باعه ولا يتعدى الى العقد الثاني وفي المبسوط لو اشترى البائع مع  
رجل آخر جاز من الاجنبي في نصفه ولو وابت الجارية عند المشتري ثم اشترى منه بأقل ان كانت الزيادة  
تقصم اجاز كالأدخلةا عيب عند المشتري ثم اشترى منه بأقل وان لم تنقصها لا يجوز لانه يحصل به ربح  
لا على ضمائه (قوله ومن اشترى زيتا في ظرف) صورته في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة  
في رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو ألف رطل على أنه يزنه بنظره فيطرح عنه مكان كل ظرف  
خسين رطلا قال هذا فاسد وان كان قال على أن تطرح عنه وزن الطرف فهو جاز لانه شرط يقتضيه  
العقد وهو شرط أن يتعرف قدر المبيع من غيره ليخص بالثمن بخلاف قوله على أن يزنه فيطرح عنه  
لكل ظرف عشرة أرتال أو خسين فان البيع حينئذ فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد  
المتعافدين لان زنة الطرف قد تكون أقل من خسين فيكون البيع بشرط ترك المبيع وهو نفع للمشتري  
وقد تكون أكثر منه فيكون البيع بشرط اعطاء الثمن لافي مقابلة مبيع وفيه نفع للبائع والمسئلة بعدها  
فرع عليها وهو ما في الجامع رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الرزق كل رطل بدرهم فوزنه بوزن  
فبلغ مائة وقبضه المشتري فقال وجدت السمن تسعين رطلا والرزق هذا وزنه خمسة أرتال فالقول قول  
المشتري مع يمينه الآن يقيم البائع البيضة (لان هذا) الاختلاف (ان اعتبر اختلاف ارجعا الى  
تعيين الرزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان) كالغاصب (أو أمينا) كالمودع ولان البائع  
يدعى عليه رقا آخر والمشتري ينكر الزيادة وان اختلفا في قدر السمن المقبوض فرجعه خلاف في قدر  
الثمن (فالقول قول المشتري لانه ينكر الزيادة) واستشكل بمسئلتين احدهما اذا باع عبدين وقبضهما  
المشتري رما أحدهما عنده وجاء بالآخر يرد به عيبا فاختلفا في قيمة الميت فالقول للبائع كما سأل في  
باب التحالف والثانية ان الاختلاف في الثمن بوجب التحالف وهنا جعل القول للمشتري على تقدير  
اعتباره اختلافا في الثمن أوجب عن الاول بأنها مع هذه طرد فان كون القول للمشتري لانكاره الزيادة  
وهناك انما كان للبائع لانكاره الزيادة وعن الثاني بأن التحالف على خلاف القياس في ما عند ردد  
الاختلاف في الثمن قصدا وهنا الاختلاف فيه تباع لاختلافهما في الرزق المقبوض أهو هذا أو لا فلا

وأما الاختلاف بناء على اختلافهما في الرزق فلا يوجب اختلافهما في العقد فلا يوجب

يوجب

قال المصنف (ومن اشترى سمنا في رزق فردا الطرف) أقول ذكر ما استظهر ادى فانه ليس من مسائل البيع الفاسد

قال (واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خيرا وشرا ثم افسعل جاز عند أبي حنيفة خلافا لهما) وحكم التوكيل في الخنزير ونحوه كحل المحرم حلالا ببيع صديده على هذا الخلاف قالوا لكل لا يلي هذا التصرف فلا يولى غيره كتوكيل المسلم بجوسيا بتزويج بجوسية ولان ما ثبت للتوكيل ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه ولو باشره بنفسه لم يجز فكذا التوكيل به وقال أبو حنيفة المتعبر في هذا الباب أهلية ان أهلية الوكيل وأهلية الموكل فالاولى أهلية العاقد وهي أهلية التصرف (٢١٣) في المأمور به والنصراني ذلك

والثانية أهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكما للعقد كسلا يلزم ان فكذلك الملزوم عن الأتري الى صحة ثبوت ملك النحر للمسلم ارنا اذا سلم مورثه النصراني ومات عن نحر وخنزير لا يقال الورثة أمر جبري والتوكيل اختياري فأني يتشابهان لان ثبوت الحكم أعني الملك للموكل بعد تحقق العلة أعني مباشرة الوكيل جبري كذلك تثبت بدون اختياره كافي الموت ألا ترى أن المأذون له النصراني اذا اشترى خيرا ثبت الملك فيها لمؤواه المسلم بالاتفاق واذا ثبتت الاهليتان لم يمنع العقد بسبب الاسلام لانه جالب لاسالب ثم الموكل به ان كان خيرا خلاها وان كان خنزيرا سمي له لكن قالوا هذه الوكالة مكر وهبة أشد كراهة وقولهما الموكل لا يليه فلا يولى غيره منقوض بالوكيل بشراء عبد بيمينه اذا وكل آخر بشراثة لنفسه فانه يثبت الملك للوكيل الاول وهو بنفسه لا يلي الشراء لنفسه وبالقاضي اذا

قال (واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خيرا وشرا ثم افسعل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجوز على المسلم) وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا ان يوكيل المحرم غيره ببيع صديده لهما ان الموكل لا يليه فلا يولى غيره ولان ما ثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز ولا يلى حنيفة رحمه الله ان العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته وانتقال الملك الى الآخر أمر حكمي فلا يمنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خرا يخلها وان كان خنزيرا يسيبه

يوجب التحالف (قوله) واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خيرا وخنزيرا وشرا ثم افسعل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) حتى يدخل النحر والخنزير في ملك المسلم الموكل فيجب أن يخل النحر أو يرقها ويسبب الخنزير وهذا في الشراء وفيما اذا كان التوكيل بالبيع بأن كان في ملك المسلم خرا أو خنزير وصورته أن يكون كافرا فيسلم عليها ويموت قبل أن يزيلها مولاه وارث مسلم فيرثها فيؤكل كافرا ببيعهما فعليه أن يصدق بينهما التمكن ان ثبت فيه قال صلى الله عليه وسلم ان الذي حرّمها حرم بيعها وكل غنمها وقال أبو يوسف ومحمد وملك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى لا يصح هذا التوكيل وحاصل الوجه من جانبهم اثبات المانع الشرعي من هذا التوكيل ومن جانبه عدم المانع بالقدح في مانعية ما جعلوا مانعا فيبقى الجواز على الاصل لهما ان الموكل لا يملك بنفسه فلا يملك تولية غيره فيه وهذا معنى قول المصنف (الموكل لا يليه فغيره لا يولى) بنصب غيره لانه مقول مقدم ليواليه كما ان المسلم يملك تزويج الجوسية لا يملك توكيل غيره بتزويجها (ولان ما ثبت للوكيل) من الملك (ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشر) الشراء أو البيع (بنفسه فلا يجوز ولا يلى حنيفة ان الوكيل) في البيع (يتصرف بأهلية نفسه) لنفسه حتى لا يلزمه أن يضيف العقد الى موكله وترجع حقوق العقد اليه حتى يطالب بالثمن ويرد بالعيب عليه وهو أهل لبيع النحر وشرا ثم اشترعا فلا مانع شرعا من توكله والمسلم الموكل أهل لان يثبت له ما ثبت للوكيل من ثبوت الملك كما ذكرنا من صورة ثبوت الملك الجبري له فيه مما فاتت في المانع الشرعي والملازمة الشرعية امتناع التوكيل لامتناع مباشرته ممنوعة بمسائل منها ان الوكيل بشرأ عدم بدعيته لا يملك شراءه لنفسه وملك التوكيل بشراثة لنفسه ومنه ان القاضي لا يملك بيع خرا أو خنزير بخلفه ذي ويرجع أمره الى القاضي وملك توكله به وكذا الوصي المسلم للذي لا يملك بيع خيره وملك التوكيل به والمريض مرض الموت لا يملك البيع بما يتغيب في مثله اذا كان عليه ديون مستغرفة ويجوز من وصيه بعد موته وكذا لا يبيع الام عرض الولد ووصيه ببيعها اذ لم يكن من ميراثها فان قيل ان قلت ان تملك المسلم لها يثبت جبراً عن سبب جبري كالموت سلمناه أو عن سبب اختياري ممنعاه وهنا كذلك اذا توكيل اختياري والملك مترتب عليه اذ لا وجود له في الشرع قلنا فنختار الثاني ونمنع ان التوكيل سبب للملك بل الشراء وانما هو اختياري للوكيل لا للموكل وليست الوكالة سبباً له بل شرط وانما سببه اختيار الوكيل واختياره ليس لازماً للوكالة ولا مسبباً عنها اذ لا يلزمه الشراء بقي أن يقال اذا كان حكم هذه الوكالة في البيع أن لا ينتفع بالثمن وفي الشراء أن يسبب الخنزير ويريق النحر أو يخلها بقي نصر فاعبر معقب لفائدته وكل ما هو كذلك ليس بمشروع وقد روى عن أبي حنيفة

أمر ذميا ببيع خرا وخنزير بخلفه ذي آخر وهو لا يلي التصرف بنفسه وبالذي اذا أوصى لمسلم وقد تركهما فان الوصي يوكّل ذميا بالبيع والنسمة وهو لا يلي ذلك بنفسه والقياس على تزويج الجوسية مدفوع فان حقوق العقد في النكاح ترجع الى الموكل والوكيل سفير لا غير

قال المصنف (كما اذا ورثهما) أقول وصورة ارثهما بان كانا الذي فاسلم فمات قبل التخليل والتسيب فورثهما الوارث (قوله) لا يقال الى قوله لان ثبوت الجديم) أقول لان ثبوت الحكم الخ جواب لقوله لا يقال الوارثة الخ

قال (ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يدره أو يكتبه أو أمة على أن يستولها فالبيع فاسد) لأن هذا بيع وشروط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشروط

أن هذه الوكالة تكرم أسند ما يكون من الكراهة وهي ليس إلا كراهة التحريم فأى فائدة في الصحة (قوله ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يدره أو يكتبه أو أمة على أن يستولها فالبيع فاسد) لأن هذا بيع وشروط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشروط قال الطبراني في معجمه الوسيط حدثنا عبد الله بن أيوب المقرئ حدثنا محمد بن سليمان الذهلي حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بعبدا وشروط بشرط فقال البيع باطل والشروط باطل ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال البيع جائز والشروط باطل ثم أتيت ابن شبرمة فسألته فقال البيع جائز والشروط جائز فقلت يا سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال لا أدري ما قالوا حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشروط البيع باطل والشروط باطل ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته فقال ما أدري ما قالوا حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت أمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن اشتري بريرة فاعتقها البيع جائز والشروط باطل ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال ما أدري ما قالوا حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر رضي الله عنه قال بعث من النبي صلى الله عليه وسلم ناقة وشروط لي جملنا إلى المدينة البيع جائز والشروط جائز وكذا رواه الحاكم في كتاب علوم الحديث ومن جهة الحاكم ذكره عبد الحق في أحكامه وسكت عليه وقد ظهر من هذا أن في المسئلة ثلاثة مذاهب مستدل عليها فلا بد من النظر فيها فأما حديث عمرو بن شعيب فلا يحتمل إلا الاختصاص فلهذا السافعي رحمه الله عليه واستثنى من منع البيع مع الشروط البيع بشرط العتق بحديث بريرة فإن النبي صلى الله عليه وسلم ما ردني حديثها إلا الولاء وكذا لا قطع أنها رواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه وحديثها في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت جاءتني بريرة فقالت كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعطيني فقلت إن أحب أهلك إن أعداهم ويكونن ولاؤك لي ففعلت فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم فأتوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت اني عرضت عليهم ذلك فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم فأخبرت عائشة رضي الله عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خذهم واشترطي لهم الولاء فإن الولاء لمن أعتق ففعلت عائشة الحديث وفيه دليل على جواز بيع المكاتب إذا رضي بالبيع وفيه إبطال قول من منع بيعه وقال إنما اشترطت عائشة الولاء بسبب ما وقع في بعض الروايات وهو أن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك وذلك لأنه صلى الله عليه وسلم قال إنما الولاء لمن أعتق وردت شرطتهم الولاء لأنفسهم والعتق من عائشة رضي الله عنها وهذا الخلاف فيه ولو قال قائل إن الشرط إذا كان أمرا لا يحل شرعا مثل أن يشترط أن لا يقع عتقك إذا أعتقته يبطل هو دون البيع فإنه لغو لا يمكن المشروط عليه أن يفعله فتم البيع كأنه لم يذكر إذ كان خارجا عن طاعة من شرط عليه أمكن ويكون أصل هذا حديث بريرة وأما الحنفية فأعالم مخصوصه به لأن العام عندهم يعارض الخاص ويطلب معه أسباب الترجيح والمخرج هنا للعام وهو نهيه عن بيع وشروط وهو كونه مانعا وحديث بريرة مبني فيكمل على ما قبل النهي لأن القاعدة الأصولية أن ما فيه الإباحة منسوخ عما فيه النهي وأما حديث جابر الذي استدل به ابن شبرمة فالشرط وهو استثناء جالنه لم يقع في صلب العقد كذا قاله السافعي رحمه الله ونحن كذلك نقول مع الوجه الذي ذكرناه من تقديم العام فإن قلت كيف قال السافعي بإفساد البيع بالشرط مع أن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أن

قال (ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري) شرع في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط وذكر أصلا جامعة لرفع أصحابنا وتقريره أن الشرط ينقسم أولا إلى ما يقتضيه العقد وهو الذي يفيد ما ثبت بطلاق العقد كشرط الملك للشتري وشروط تسليم الثمن أو المبيع وإلى ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف ذلك وهذا ينقسم إلى ما كان متعارفا وإلى ما ليس كذلك وهذا ينقسم إلى ما فيه منفعة لاحد المتعاقدين وإلى ما ليس فيه ذلك وهذا ينقسم إلى ما فيه منفعة للعقد وعليه وهو من أهل الاستحقاق وإلى ما هو بخلافه في القسم الأول جاز البيع والشرط بزيده وكادة لا يقال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشروط وهو بإطلاقه يقتضي عدم جوازه

لأنه في الحقيقة ليس بشرط حيث أقام ما فاده العقد المطلق وفي الأول من القسم الثاني وهو ما كان متعارفا كبيع النعل مع شرط  
التسليم كذلك لأن الثابت بالعرف قاض على القياس لا يقال فساد (٣١٥) البيع شرط ثابت بالحديث والعرف

ليس بقاض عليه لأنه معقول  
بوقوع النزاع المخرج للعقد  
عن المقصود به وهو قطع  
المنازعة والعرف ينفي  
النزاع فكان موافقا لمعنى  
الحديث فلم يبق من الموانع  
إلا القياس على ما لعرف  
فيه بجماع كونه شرطا  
والعرف قاض عليه وفيما  
إذا لم يكن متعارفا وفيه  
منفعة لأحد المتعاقدين  
كبيع عبد بشرط استخدام  
البائع مدة يكون العقد  
فاسدا لوجهين لأن فيه  
زيادة عارية عن العوض  
لأنهم لما قصدوا المقابلة بين  
المبيع والتمن خلا الشرط  
عن العوض وهو الربا  
لا يقال لا تطلق الزيادة  
الأعلى المجانس للزيد عليه  
والمشروط منفعة فكيف  
يكون ربا لأنه مال جازأخذ  
العوض عليه ولم يعوض  
عنه بشئ فكان ربا ولأنه  
يقع بسببه المنازعة في  
مقصوده فيعبري العقد عن  
مقصوده من قطع النزاع لما  
عرف في بيان أسباب  
الشرائع وفيما إذا كان  
فيه منفعة للعقد عليه

ثم جلة المذهب فيه أن يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد بثبوته بدون  
الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للعقد وعليه وهو من أهل  
الاستحسان يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى  
الربا ولأنه يقع بسببه المنازعة فيعبري العقد عن مقصوده إلا أن يكون متعارفا لأن العرف قاض على  
القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لا يفسده

كثير من أهل الحديث قلت ذلك إذا لم يصرح فيه بجدأبيه عبد الله بن عمرو بن العاص وقد ورد عنه  
النصر مخرج به فيما أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو  
ابن العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يخل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح  
مالم يضمن ولا يبيع ما ليس عنده ولهذا قال الترمذي حديث حسن صحيح وروى هذا أيضا من حديث  
حكيم بن حزام في موطن مالك بلاغا وأخرجه الطبراني من حديث محمد بن سيرين عن حكيم قال نهاني  
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أربع خصال في البيع عن سلف وبيع وشرطين في بيع وبيع ما ليس  
عنده وبيع مالم يضمن ومعنى السلف في البيع البيع بشرط أن يقرضه دراهم وهو فرد من البيع  
الذي شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين وغير ذلك مما سياتي (قوله ثم جلة الأمر فيه) أي في  
الشرط (أنه أمان لا يقتضيه العقد) كشرط أن يحبس المبيع إلى قبض الثمن ونحوه فيجوز لأنه مؤكد  
لموجب العقد ولا يقتضيه لكن ثبت تحريمه شرعا بالامرأته كشرط الاجل في الثمن والمتمن  
في السلم وشرط في الخيار فكذلك هو صحيح للإجماع على ثبوته شرعا خاصة أولا يقتضيه وليس مما  
ثبت كذلك لكنه متعارف كشرائه نعل على أن يحذوها البائع أو بشر كها فهو جائز أيضا مما سياتي  
وكذا إذا لم يكن كذلك ولكن يتضمن التوثيق بالثمن كالبيع بشرط كفيل بالثمن حاضر وقبل  
الكفالة أو بأن يرهقه به رهنا معلوما بالاشارة أو التسمية فهو جائز أيضا على الصحيح خلافا لفرقان حاصله  
التوثيق للثمن فيكون كالشرط الجوده فيه فهو مقر بملقه مقتضى العقد ولو لم يكن الكفيل حاضرا فحضر  
وقبل قبل أن ينفر فجاز فلو بعده أو كان حاضرا فلم يقبل لم يجوز ولو لم يكن الرهن مستمى ولا مشار إليه لا يجوز  
بالانفاق لأن وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف إلى البيع فيصير الكفيل كالمشتري فلا بد من حضوره  
العقد بخلاف الرهن لا يشترط حضرته لكن مالم يسلم البائع لا يثبت فيه حكم الرهن وإن انعقد عقد  
الرهن بذلك الكلام فإن سلم مضى العقد على ما عقدوا وان امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا بل يؤمر بدفع  
الثمن فإن لم يدفع الرهن ولا الثمن خسر البائع في الفسخ وشرط الحوالة كالكفالة ولو كان الشرط مما  
لا يقتضيه وليس مما ذكرنا فاما فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للعقد وعليه وهو من أهل الاستحسان كان  
المشتري حنطة على أن يطحنها البائع أو يتركها في دار شهر أو ثوبا على أن يخيطةه فالبيع فاسد وكذا  
شرط أن لا يبيع المشتري العبد لأنه يعجزه أن لا تمتدأله الأيدي وكذا على أن لا يخرج من مكة مثلا وفي  
الخلاصة اشترى عبد على أن يبيعه جازو على أن يبيعه من فلان لا يجوز أي لا يجوز للبائع أن يشترط عليه  
البيع من فلان لأن البيع منفعة ولها ما طالب من جهة العباد وهو العبد لأن طالبها وكذا إذا كانت  
المنفعة لغير العاقدين ومنه إذا باع ساحة على أن ينيبها مسجد أو طعما على أن يتصدق به فهو فاسد  
أما لو كان المبيع ثوبا أو حيوانا غير آدمي فقد خرج الجواز مما ذكرنا في المزارعة من أن أحد المزارعين إذا  
شرط في المزارعة أن لا يبيع إلا بخصمه أو بغيره أن المزارعة جائزة والشرط باطل لأنه ليس لأحد

(قوله لأنه في الحقيقة الخ)  
أقول جواب لقوله لا يقال  
نهى النبي عليه الصلاة  
والسلام (قوله لأنه معقول)

(الخ) أقول جواب لقوله لا يقال فساد البيع (قوله بجماع كونه شرطا) أقول مفضيا إلى الزيادة العارية عن العوض وفيه بحث (قوله لأنه  
مال) أقول جواب لقوله لا يقال لا تطلق الخ وقوله مال أي في حكم المال

كشروط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع فان العبد يجبه ان لا تتداوله الا يدى وتعام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم انه سر كان البيع باطلا لا فاشترى انما منفعة كاشترى انما منفعة أحد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين وفيما اذا لم يكن فيه منفعة لاحد فالبيع صحيح والشرط باطل كشروط ان لا يبيع الدابة المبيعة لانه لا مطالب له بهذا الشرط فلا يؤدي الى الربا ولا الى المنازعة فكان الشرط لغوا وهو ظاهر المذهب وفي رواية عن أبي يوسف أنه يبطل البيع به نص عليه في آخر المزاورة لنظر المشتري به من حيث انه يتعذر عليه التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد المتعاقدين والجواب أن المعتبر بالمطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر واذا ثبت هذا ظهر أن بيع العبد بشرط أن يعتقه المشتري أو يدره أو يكتبه أو أمة على أن يستولدها المشتري فاسد لانها شروط لا تقتضي العتق وفيها منفعة للعقود عليه لان قصته الاطلاق في التصرف والتخيل لا الاكراه والشرط يقتضي الاكراه حتما والمنازعة بينهما ظاهرة وليس أحدهما من العقد والشرط أولى بالعمل من الآخر فعملنا بهما وقلنا انه فاسد والفاسد ما يكون مشروعا باصلا غير مشرووع بوصفه قبل النظر (٢١٦)

وهو الظاهر من المذهب كشروط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول ان هذه الشروط لا تقتضي العتق لان قصته الاطلاق في التصرف والتخيل لا الاكراه حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للعقود عليه والشافعي رحمه الله وان كان مخالفاً في العتق وبقية على بيع العبد نسمة فالجدة عليه ما ذكرناه وتفسير المبيع نسمة ان يباع من يعلم انه يعتقه لان بشرط فيه

العاملين فيه منفعة وكذا في الحسن في الجرد قال المصنف (وهو الظاهر من المذهب) لانه اذا لم يكن من أهل الاستحقاق (انعدمت المطالبة) والمنازعة (فلا يؤدي الى الربا) وما أبطل الشرط الذي فيه المنفعة المبيع الا لانه يؤدي اليه لانه باءة عارية عن العوض في عقد البيع وهو معنى الربا ومن مثل الباطل بيع العبد على أن يعتقه المشتري أو يكتبه أو يدره أو الشافعي يخالف في شرط العتق في أحد قوليه فيصحح ثم ان أعتقه المشتري فذلك والاخير البائع في فسخ العقد ولا يجبر عليه في قول بعض أصحابه وفي قول آخرين يجبر قال المصنف (ويقسمه) الشافعي (على بيع العبد نسمة) ثم فسره (بأن يبيعه من يعلم انه يعتقه لان بشرط فيه ذلك) وعلى تفسير المصنف هذا تحقق صورة القياس وأما على تفسيره بأن يباع بشرط عتقه فلا يصح لانه نفس المقيس عليه الا أن قوله لا أن بشرط فيه يفهم من قوته أن تفسيره بما ذكره مخالف لتفسير الشافعي بذلك فنفاه وحينئذ يقوى الاعتراض عليه بأنه حينئذ لا قياس قال (والجدة عليه ما ذكرناه) يعني من الحديث والمعنى وأنت علمت أنه يرجع الى تخصيص العام بالخاص كيفما وجد وهو مذهبه ولهذا خصه بحديث بريرة وجوابه ان ليس في حديث بريرة أصلا ان البيع كان بشرط العتق بل كان على وعد العتق منها وحينئذ فليس من تخصيص منع بيع بشرط في شيء ولا يصح البيع من يظن عتقه أصلا لقياس البيع بشرط عتقه لعدم الجامع ونسمة منصوب على الحال بمعنى معرضا للعتق وغير النسمة عنه لكثرة ذكرها فيما اذا أعتقت في مثل قوله صلى الله عليه وسلم فك الرقبة وأعتق النسمة فصيرت كالاسم لمعارض للعتق

مشروع فكان فاسدا ولا خلاف في هذه الجملة بيننا وبين الشافعي الا في البيع بشرط العتق في قول فانه يجزؤه بقبضه على بيع العبد نسمة وقسمه في المبسوط بالبيع بشرط العتق وقسمه المصنف بأن يباع من يعلم انه يعتقه لان بشرط فيه فان كان تفسيره عند الشافعي ما ذكره المصنف صح قوله بقبضه لانها غيران فيصح قياس أحدهما على الآخر ان ظهر جامع وان كان تفسيره عنده ما ذكره في المبسوط فلا بد أن يفسر قول المصنف بقبضه بلحقه بدلالة النص لئلا يلزم قياس الشيء على نفسه وبيان الحاقه بالدلالة أن يبيع العبد نسمة على

ذلك التفسير ثبت بحديث بريرة اذ جاءت الى عائشة رضي الله عنها استعيتها في المكاتب فقالت إن شئت عددتها فعومات لذلك واعتقتك فرضيت بذلك فاشترتها وأعتقتم اوانما اشترتها بشرط العتق وقد اجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرها في معناها في هذا الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لانها عند الشافعي قياس جلي على ما عرف في الاصول والجدة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول فالحديث نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط رواه أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفاً لمقتضى العقد والجواب عن حديث بريرة أن تفسير النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط العتق في العقد وعائشة رضي الله عنها اشترت بريرة مطلقا ووعدت لها أن تعتقها الترضي بذلك فان يبيع المكاتب لا يجوز بدون رضاها النسمة من نسيم الريح وسميت بها النفس وانتصاب قوله نسمة على الحال على معنى معرضا للعتق وانما صح هذا لانها كثر ذكرها في باب العتق خصوصاً في قوله عليه السلام فك الرقبة وأعتق النسمة صارت كأنها اسم لما هو معرض للعتق (قوله فلا بد أن يفسر قول المصنف) أقول كيف يستقيم هذا الكلام بعدما فسره المصنف بما فسره (قوله وبيان الحاقه بالدلالة) أقول فيه تأمل



فعملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الافعال كذا في المغرب فان وفي بالشرط واعتق بعد ما اشتراه مع البيع ويجب الثمن عند أبي حنيفة وقال يتي فاسدا كما كان فوجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع وكذا اذا باع بشرط التدبير والاستيلاء والكتابة وقد وفي المشتري بما شرط (٣١٧) أولم يف فانه مضمون بالقيمة اعتبارا

لحقيقة الحرية بحق الحرية (ولابي حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه) من تقييد التصرف به المغاير للاطلاق (ولكن من حيث حكمه بلائعه لانه منه للملك والمنهى الشيء مقترن له ألا ترى أن العتق لا يمنع الرجوع بنقصان العيب) فبالنظر الى الجهتين توقفت الحال بين بقاءه فاسدا كما كان وبين أن ينقلب جائزا بوجود الشرط (فإذا وجد فقد تحققت الملاءمة فيرجع جانب الجواز) علا بالبدلين وتأمل حق التامد لئلا تخلص من ورطة شبهة لا تكاد تخل وهي أن هذا الشرط في نفسه إما أن يكون فاسدا أولا فان كان الاول فتحقيقه يقرر الفساد لئلا يلزم فساد الوضع وان كان الثاني كان العقد به في الابتداء جائزا وذلك لانه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملاءمة جائز من حيث الحكم فقط لا بالفساد في الابتداء عملا بالذات والصورة وبالجواز عند الوفاء عملا بالحكم والمعنى ولم نعكس لاننا لم نجد جائزا ينقلب فاسدا او وجدنا فاسدا ينقلب

فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يتي فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه بلائعه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر (وهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فإذا تلف من وجه آخر لم يتحقق الملاءمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملاءمة فيرجع جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال (وكذلك لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهما أو على أن يهدي له هدية) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين

فعملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الفعل (قوله فلو اعتقه المشتري الخ) هذا فرع على قولنا بفساد البيع بشرط العتق وهو أن المشتري بهذا الشرط لو اعتقه بعد ما قبضه عتق ثم عند أبي حنيفة يرجع البيع صححا حتى يجب الثمن عنده وعندهما لا يعود صححا فتلزم قيمته واما لو اعتقه قبل القبض فلا يعتق بالاجماع لانه لا يملكه قبل القبض لفساد البيع وجه قوله ما انه تلف بعد أن ملكه بالقبض في بيع فاسد (فلا ينقلب جائزا كما لو تلف بوجه آخر) من موت أو قتل أو بيع أو هبة وقياسا على تدبيره واستيلائها فان هناك الضمان بالقيمة اتفاقا فهو أو في بالشرط اعتبارا لحقيقة الحرية بحق الحرية (ولابي حنيفة أن شرط العتق) وان كان (لا يلائم العقد على ما ذكرناه) يعني قوله لان قضية العقد الاطلاق في التصرف والتخير الى آخره (ولكنه من حيث حكمه) وهو ثبوت الحرية (بلائعه لانه) أي العتق (منه للملك) الذي هو أثر البيع (والشيء بانتهائه يتقرر) وجوده والفساد لا تقر له فكان صححا (وهذا لا يمنع الرجوع بنقصان العيب) اذا طلع عليه بعد أن اعتقه بخلاف ما اذا تلف بوجه آخر لانه لا يصير به هذا الشرط ملائما فيبقى على مجرد جهة المفسدة ولذا لو مات لا ينقلب صححا لان موته لا يصير بشرط العتق ملائما وهو المنطوري اليه في افساد العقد وتحقيقه وكون شيء آخر كالقوت ونحوه ملائما لا يصير به هذا الشرط الذي وقع مفسدا ملائما وأما شرط التدبير والاستيلاء فكذلك لا يصير العقد صححا اذا دبره المشتري أو استولدها لانه لا يصير به شرط التدبير والاستيلاء ملائما لانه يتيقن امتناع ورود الملك عليه ولم يوجد لجواز أن يحكم قاض بجهة بيعه ما فيتمتع بفساد وأورد لما كان فعل هذا الشرط صححا ينبغي أن يكون العقد صححا في الابتداء عند اشتراطه أجيب بأنه من حيث هو مخالف لمقتضى العقد وانما بلائعه باعتبار حكمه فعلنا في الابتداء قبل تحققه بمقتضى ذاته وعند تحقق حكمه بفعله بمقتضى حكمه ولو اشترى أمة بشرط أن يطأها المشتري أولا يطأها فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يجوز في الاول لانه ملائم للعقد قلنا الملائم له اطلاق الوطء لا الزامه وعند محمد يصح فيما الاول لما لا يبي يوسف والثاني ان لم يقتضه العقد ولا يرجع نفعه لاحد فهو بشرط لا طائل له (قوله وكذلك لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهما أو على أن يهدي له هدية) أو تو با على أن يقطعه المشتري قيصا أو قباه فهو فاسد (لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين)

(٣٨ - فتح القدير خامس) جائزا كالبيع بالرقم بخلاف ما اذا تلف بوجه آخر فانه لم ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والكلام فيه فقرر الفساد بخلاف التدبير والاستيلاء والكتابة فان الملك لا ينتهي بها بيقين لاحتمال قضاء القاضي بجواز بيع المدير وأم الولد والمكاتب مخير في الاجازة والانهاء انما يتحقق اذا وقع الامن عن الزوال من ملك المشتري الى ملك غيره كافي الا عتاق والموت قال (وكذلك اذا باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا الخ) البيع بهذه الشروط فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين

ولانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلها شيء من الثمن  
يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلها ما يكون اجارة في بيع وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن  
صفقتين في صفقة

وقد ورد في عين بعضهما نهى خاص وهو (نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف) أي قرض ثم خص  
شرطي الاستخدام والسكنى بوجه معذوي فقال (ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلها شيء من الثمن)  
بأن يعتبر المسمى تنصا بازاء المبيع وبازاء اجرة الخدمة والسكنى (يكون اجارة في بيع ولو كان  
لا يقابلها ما يكون اجارة في بيع وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة) فيتناول كلا  
من الاعتبارين المذكورين رواه أحمد عن اسود بن عامر عن شريك عن سماعة عن عبد الرحمن بن عبد الله  
ابن مسعود عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة أما ثبوته فقد رواه  
البراز في مسنده عن اسود بن عامر واعل بعض طرقه ورجح وقفه وبالوقف رواه أبو نعيم وأبو عبيد  
القاسم بن سلام وأما مناه ففسره المصنف بما سمعت وفسره أبو عبيد القاسم بن سلام بأن يقول الرجل  
للرجل أبيعك هذا نقدا كذا ونسيئة كذا ويفترقان عليه انتهى ورواية ابن حبان الحديث موقوفا  
الصفقة في الصفقتين رباطا تؤيد نفس المصنف مع انه أقرب تبادرا من تفسير أبي عبيد وأكثرا فائدة فان  
كون الثمن على تقدير النقدا الفوا على تقدير النسيئة ألفين ليس في معنى الربا بخلاف اشتراط نحو السكنى  
والخدمة واعلم أنه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيعتين في بيعة ويظهر من كلام  
بعض من يتكلم في الحديث ظن انه معنى الاول وليس كذلك بل هذا أخص منه فإنه في خصوص من  
الصفقات وهو البيع وفسره الشافعي بأن يقول أبيعك دارى هذه بكذا على أن تبعني غلامك بكذا فإذا  
وجب لي غلامك وجبت لك دارى وهذا حديث صحيح رواه الترمذى والنسائى وقال الترمذى حسن  
صحيح ورواه مالك بلاغا وفي فتاوى الولوالجى لو قال بعتك هذه الدار بألف على أن يقرضني فلان الاجنبى  
عشرة دراهم فقبل المشتري ذلك البيع لا يفسد البيع لانه لا يلزم الاجنبى لانه لو لم يفسد فاما بطريق  
الضمان عن المشتري أو بطريق الزيادة في الثمن لا وجه الى الاول لانه ليس في ذمة المشتري فكيف  
يتحملها الكفيل ولا الى الثاني لانه لم يقل على أنى ضامن واذا لم يلزم الاجنبى لا يفسد البيع ولا خيار  
للبائع لانه لو ثبت انما ثبت اذا لم يسلم له ما شرط في البيع على المشتري وقد سلم له ذلك وفي الفتاوى  
الصغرى قال بيع عبدك من فلان على أن الثمن على العبد لفلان حكى عن أبي الحسن الكرخى أنه  
يجوز وهو خلاف ظاهر الرواية واستبعده أبو بكر الجصاص **فروع** باع أمة بشرط أن يطأها  
المشتري أو أن لا يطأها ففسد البيع عند أبي حنيفة فيه المأذ كمن أن مقتضى العقد الاطلاق وهذا  
تعيين أحد الجائزين وعند أبي يوسف يفسد في الثاني لما قلنا ويصح الاول لان العقد يقتضيه  
وعند محمد يصح فيهما ولو كان في الشرط ضرر كان شرط أن يقرض أجنيا لا يفسد العقد وذكر  
القدورى أنه يفسد ولو لم تكن فيه منفعة ولا مضرة كان اشتري طعاما بشرط أن يأكله أو يطأ بشرط  
أن يلبسه جاز وذكر الامام قاضى خبان العقود التى تتعلق تمامها بالقبول أقسام ثلاثة قسم يبطل  
بالشرط الفاسد وجهالة البدل وهى مبادلة المال بالمال كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن  
دعوى المال وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا جهالة البدل وهو مغاوضة المال بمالين عال  
كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد وقسم له شبهه بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل  
ولا يبطلها الشرط الفاسد وفي الخلاصة التى تبطل بالشروط الفاسدة ولا يصح تعليقها بالشرط ثلاثة  
عشر البيع والقسمة والاجارة والاجارة والرجعة والصلح عن مال والبراءة عن الدين وعزل  
الوكيل في رواية شرح الطحاوى وتعلق بإيجاب الاعتكاف بالشرط والمزاوعة والمعاذلة والاقرار

ولم يستدل بالحديث لان  
المراد به هذا المذكور وانما  
قال على أن يقرضه المشتري  
درهما احترازا عما اذا قال  
بعتك هذه الدار على أن  
يقرضني فلان الاجنبى  
ألف درهم فقبله المشتري  
صح البيع لان المثلزم  
الاجنبى لا ضمانا عن  
المشتري لان المثلزم في ذمته  
فيتم لها الكفيل ولا زيادة  
في الثمن لانه لم يقل على أنى  
ضامن بخلاف اشتراط  
الاقرار على المشتري لان  
النبي صلى الله عليه وسلم  
نهى عن بيع وسلف  
وأيا اشتراط الخدمة  
والسكنى يستلزم صفقتين  
في صفقة كذا كره في المتن

فيصير ذكره شرطا فاسدا (قوله غير أن المفسد في الكتابة) استثناء من قوله لأن لا يبطل بالشروط الفاسدة ومعناه أن الشرط الفاسد في الكتابة إنما يكون مفسدا لها إذا كان متمكنا في صلب العقد منها كالكتابة على الحجر والخزير أو على قيمته حيث دخل في البذل وأما إذا لم يكن في صلبه كما إذا اشترط على المكاتب أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج والعقد صحيح لأن الكتابة تشبه البيع انشاء لأنه مال في حق المولى ولا تصح الايبدل معاوم وتحتل الفسخ ابتداء وتشبه النكاح من حيث أنه ليس عمال في حق نفسه ولا تحتل الفسخ بعد تمام المصود فأستقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد وبالنكاح فيما لم يتمكن فيه وأما الثاني فكالهبة والصدقة والنكاح وانطلع والصلح عن دم العمد فأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة لأن الفساد باعتبار إفضائه إلى الربا وذلك لا يتحقق إلا في المعاومات وهذه تبرعات وإسقاطات والهبة وإن كانت من (٢٣٠) قبيل التمليكات لكنها عرفتنا بالنص أن الشرط الفاسد لا يفسدها فإنه صلى الله عليه

قال (ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخيطه قيصا أو قباءا فالبيع فاسد) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولا نه يصير صفقة في صفقة على ما مر (ومن اشترى ثوبا على أن يخذوها البائع قال أو بشر كهذا فالبيع فاسد) قال رضي الله عنه ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بينا وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبيغ الثوب

أوصى بخدمة الجارية أو غلتم الفلان فبات فلان بعد صحة الوصية لا تراث ورثته خدما ولا غلتم ابل يعود  
الى ورثة الموصى بخلاف ما لو أوصى بحمل جاريته لا تخريجه يصح ويكون حله له وأورد على  
الإصل أن الخدمة يصح أفرادها بالوصية فيجب أن يصح استئناؤها أجيب عن لزوم ذلك بدليل  
قولهم كل ما جاز أن يكون ثما في البيع جاز أن يكون أجرة في الاجارة ولم يلزم كل ما لا يصح ثما لا يصح أجرة  
وبأن الوصية ليست عقدا حتى صح قبول الموصى له بعد موت الموصى والعقد بعد الموت لا يصح فلا يرد  
بقضا **(فروع)** باع صبرة بمائة الا عشرها فله تسعة أعشارها بجميع الثمن ولو قال على أن عشرها  
لي فله تسعة أعشارها بتسعة أعشار الثمن خلا لما روى عن محمد أنه بجميع الثمن فيهم ما وعى أبي يوسف  
لو قال أبيعك هذه المائة شاة بمائة على أن هذه لي أو ولي هذه فسد ولو قال الا هذه كان ما بقي بمائة ولو قال  
ولي نصفها كان النصف بخمسين ولو قال بعثك هذا العبد بألف الا نصفه بخمسة مائة عن محمد جاز في  
كله بألف وخمسمائة لان المعنى باع نفسه بألف لأنه الباقي بعد الاستثناء فالنصف المستثنى عن بيعه  
بخمسمائة ولو قال على أن لي نصفه بثلاثمائة أو مائة دينار فسد لا دخال صفقة في صفقة ولو قال بعثك  
الدار الخارجة على أن تجعل لي طريقا الى دارى هذه الداخلة فسد البيع ولو قال الا طريقا الى دارى  
الداخلة جاز وطريقه عرض باب الدار الخارجة ولو باع بيتا على أن لا طريق للشترى في الدار وعلى  
أن ياب في الدهليز يجوز ولو زعم أن له طريقا فظهر أن لا يرد ولو باعه بألف دينار الا درهم ما أولا  
ثوبا أولا الا كتر خنطة أو هذه الشياء الواحدة لا يجوز ولو كانت بعينها جاز ولو باع دارا على أن لا بناء فيها  
فإذا فيها بناء البيع فاسد لأنه يحتاج الى نقض البناء ولو باعها على أن يبناءها من آجر فاذا هو لبن فهو  
فاسد بناء على أنه ما جنسان كل ما باعه ثوبا على أنه هروى فظهر بطلان ولو باع الارض على أن فيها بناء  
فاذا لا بناء فيها وكذا اذا اشتراها بشجرها وليس فيها شجر جاز وله الخيار وكذا لو باع بها وها وسفلها فظهر  
أن لا علوها ومثله لو اشترى باجدا عها **(قوله)** ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخيطه قيصا  
أو قباه فالبيع فاسد باجماع الائمة الاربعة **(لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لا أحد المتعاقدين  
ولأنه يصير صفقتين في صفقة على ما مر)** من امتناع الصفقتين في صفقة الا أن هنا على تقدير واحد  
وهو كون الخياطة يقابلها شيء من الثمن فهو شرط اجازة في بيع وما تقدم كان كذلك على ذلك التقدير  
وعلى تقدير عدم المقابلة يكون اعاره في بيع **(قوله)** ومن اشترى نعلين على أن يخذوها البائع المراد  
اشترى أدبعا على أن يجعله البائع نعلين فإطلاق عليه اسم النعل باعتبار أوله ويمكن أن يراد حقيقة  
أى نعل رجل واحدة على أن يخذوها أى أن يجعل معها مثالا آخر ليتم نعل للرجلين ومنه حذف النعل  
بالنعل أى قدرته بمثل قطعه ويبدل عليه قوله أو يشركه فجعله مقابلا لقوله نعلين ولا معنى لان يشترى  
أدبعا على أن يجعله نعلين لا شرا كافلا بد أن يراد حقيقة النعل **(فالبيع فاسد قال)** المصنف رحمه الله  
**(ما ذكره)** يعنى القدورى **(جواب القياس ووجهه ما بيناه)** من أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه  
رفع لاحد المتعاقدين **(وفى الاستحسان يجوز)** البيع ويلزم الشرط **(للتعامل)** كذلك ومثله في  
بارنا شراء القبقاب على هذا الوجه أى على أن يسمي له سرا **(وصار كصبغ الثوب)** مقتضى القياس  
منه لانه اجارة عقدت على استعماله عين مع المنفعة وهو عين الصبغ ولكن يجوز للتعامل ومثله  
جارة الفاتر مع لزوم استعماله اللين جاز للتعامل ولكن في الفوائد المستحق بالاجارة فعل الصبغ والحضانة

قال المصنف (ومن اشترى  
نعلًا على أن يحدوها للبائع  
أو يشرکہا فالبيع فاسد)  
أقول أراد بالنعل الصرم

تسمية الشيء باسم ما يؤهل اليه كذا في شرح الكاكي وضيمير يشركها الفعل بعنائه الحقيقي على طريقة الاستخدام

وللتعامل يجوزنا الاستصناع قال (والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذالم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهة الاجل) وهي مفضية الى المنازعة في البيع لا بتناهم على المماكة الا اذا كانوا يعرفانه لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدد صومهم معلومة بالايام فلا جهة له فيه

في استخار الصباغ والظن والالبان آلة فعلهما (وللتعامل يجوزنا الاستصناع) مع انه بيع المعدوم ومن أنواعه شراء الصوف المنسوج على ان يجعله البائع فله سوة بشرط ان يبطن له البائع نطانه من عنده وهذه انواع آخر من الشرط وهو البيع بشرط ان به كذا وما تقدم كان المشروط معدوما فيشترط ان يفعل من هذا ذكر هشام عن محمد اشترى شاة على ان احامل بفقد البيع وعن الشافعي قولان واحدهما يصح وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال بعض أصحابه القولان في غير الا دعي أما في الجوارى يصح قول واحد وهو قولنا ذكر هشام عن محمد اشترى جارية على ان احامل بجوز البيع الا ان يظهر ان المشتري يريدها لاظورة فيفسد ولا يخفى ما فيه بعد فرض ان المشتري علم ذلك بل شرطه وكونه اشترى خلاف ما يحصل غرضه لا يوجب فسادا بعد الرضا به وعن الهندواني شرط الجبل من البائع لا يفسد لان البائع يذكره على بيان العيب عادة ولو وجد من المشتري يفسد لانه ذكره على وجه اشتراط الزيادة ولو اشترى سمسا أو زيتونا أو حنطة على ان فيها كذا ذهنا أو يخرج كذا ذيقا فالبيع فاسد وبه قال الشافعي ولو شرط في الشاة ان احلب أو لبون لم يذكره محمد واختلف فيه فالكرخي يفسد والطحاوي لا يفسد وهو قول الشافعي لانه مرغوب فيه والوجه ان لا يجوز لوقوع المنازعة في أن معنى الحلوب ما يكون لبنها هذا المقدار أو أكثر من هذا الى غاية كذا ولو كان منفعة الشرط لغير العاقدين كالبيع على أن يفرض فلانا كذا ففيه اختلاف المشايخ وقال محمد كل شيء يشترط على البائع يفسد به البيع اذا شرط على أجنبي فهو باطل وكل شيء يشترط عليه لا يفسد به اذا شرط على أجنبي فهو جائز ويخير المشتري كالبيع بمائة على أن يحط فلان الاجنبي عشرة جازا للبيع ويخير المشتري ان شاء أخذه بمائة وان شاء ترك وعن أبي يوسف لو اشترى على أن يهب البائع للمشتري أو لفلان الاجنبي دينارا من الثمن فالبيع فاسد وفي المنتقى خلافة فيما اذا كانت الهبة من المشتري قال لو اشترى على أن يهب له دينارا من الثمن جاز وهو حسن لأن حاصل هذا حطية مشترطة وما آله الى الشراء بالثمن الانقضاء ولو باع رقبة الطريق على أن له حق المرور أو السبق على أن له قرار العلو جاز ولو باع عبيدين على أنه شريك المشتري في نصف هذا فسد ولو قال نصفهم جاز كالباع هذا الثوب وقال ان اشترى بك في نصفه ومقتضى النظر أن يجوز الاول أيضا لانه في الحاصل يبيع أحدهما بعينه ونصف الآخر شاة بمصفقة ولا مانع من ذلك ولو باع هذا بألف الانصبة بستمائة ففقد باع نصفه بأربعمائة (قوله والبيع الى النيروز) وهو يوم في طرف الربيع وأصله نوروز عرب وقد تكلم به عمر رضي الله عنه فقال كل يوم لنا نوروز حين كان الكفار يتعجبون به والمهرجان يوم في طرف الخير معرب مهر كان وقيل هما عيدان للجوس (وصوم النصارى وفطر اليهود اذالم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهة الاجل) وعرف بهذا التعليل أن المراد بالموجب هنا هو الثمن لا المبيع لان مجرد تأجيل المبيع مفسد ولو كان الى أجل معلوم فلا يناسب تعليل فساد تأجيل المبيع بجهالة الاجل وبقوله (اذالم يعرف الى آخره) أن الفساد بالتأجيل الى هذه بناء على عدم معرفة خصوص أوقاتهم عند المسلمين فلو كانوا يعلمان ذلك صح قيل وتخصيصه اليهود بالفطر ظاهر في أن ابتداء صومهم غير معلوم والحاصل أن المفسد لجهة الجهالة فاذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الاوقات جاز ولذا قال (أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدد صومهم بالايام وهي معلومة) وهي خمسة وخمسون يوما واعلم أن كون التأجيل في

لكن يجوزنا التعامل جواز الاستصناع (والبيع الى النيروز) معرب نوروز أول يوم من الربيع (والمهرجان) معرب مهر كان يوم في طرف الخير (وصوم النصارى وفطر اليهود) ومعناه تأجيل الثمن الى هذه الايام فاسد اذالم يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان (لجهة الاجل) المفضية الى النزاع لا بناء على المماكة على المماكة أى المجادلة في نقصان والمماكة موجودة في المبايعات الى هذا الاجل فتكون الجهة فيه مفضية الى النزاع ومثلها يفسد البيع (وان كانوا يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز) لان مدد صومهم بالايام معلومة وهي خمسون يوما فلا جهة له



فإن (ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج الخ) الحداد بفتح الحاء وكسر هاء قطع الزروع (٣٣٣) والباس أن يؤمأ المحسود بشوائم الدواب

من الدوس وهو شدة دواء  
الشيء بانه دم والنطاق  
بكسر القاف قطع الغيب  
من الكرم والفتح فيه لغة  
والجزاز قطع السوف والنخل  
والزروع والشعر والبيع  
إلى وقت قدوم الحاج وإلى  
هذه الاوقات غير جائز للجهالة  
المفضية إلى النزاع بتقديم  
هذه الاوقات وتأخرها  
والكفالة إلى هذه الاوقات  
جائزة (لان الجهالة اليسيرة  
متممة في الكفالة ألا ترى  
انهم احتمل الجهالة في أصل  
الدين بأن يكفل بمأذاب على  
فلان في وصفه أولى) لكون  
الاصل أقوى من الوصف  
(وهذه الجهالة يسيرة لاختلافها  
الصحابية رضى الله عنهم فيها)  
فعائشة رضى الله عنها  
كانت تجوز البيع إلى العطاء  
وان احتمل التقدم والتأخر  
لكونهما يسيرة وابن عباس  
رضي الله عنهم مامنه ونحن  
أخذنا بقوله وهذا قد  
يشير إلى أن الجهالة اليسيرة  
ما كانت في التقدم والتأخر  
والفاحشة ما كانت في  
الوجود كهبوب الريح مثلا  
والبيع لما لم يكن محتملا  
للجهالة في أصل الثمن لم يكن  
محتملا لهما في وصفه ورد  
بأنه لا يلزم من عدم تحمل  
أصل الثمن عدم تحمل  
وصفه لان الأصل أقوى  
اذهو يوجد بدون الوصف  
انما هو وجود في جهالة الوصف فيمنعه

فإن (ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج وكذا إلى الحداد والباس والنطاق والجزاز لانهم اتفقوا وتنازعوا  
وذكر كمال إلى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متممة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة  
لاختلاف الصحابة رضى الله تعالى عنهم فيها لانه معلوم الاصل الا ترى انهم احتمل الجهالة في أصل الدين  
بأن تكفل بمأذاب على فلان في الوصف أولى بخلاف البيع فانه لا يتممها في أصل الثمن فكذا في وصفه  
الثنى يسر إذا كان الاجل معلوما هو في الثمن الدين أما لو كان متناهما فيفسد البيع بالاجل فيه المعنى  
المراد كرهناه من هذا لتأجيل البيع عند قوله ومن باع عينا على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر وقوله  
(لا يتناهم على الما كسة) الما كسة استعقاص الثمن والمكس والمكاس في معناه وهو موجود في البيع  
عنه وهو يوجب المنازعة فكانت المنازعة ثابتة في البيع لوجود موجب في الجملة وعند جهالة وقت  
القبض يجعل أخرى على وجه يضرب بالدين والنفس فلا يشترع العقد مع ذلك وحقيقة هذا يصلح تعليلا  
لقولنا لا يتمم البيع هذه الجهالة اليسيرة بخلاف الكفالة (ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج والحصاد)  
بفتح الحاء وكسرهما (و) مثله (القطاف) وهو للغيب (والدياس) وهو دوس الحب بالقدم  
لنفسه وأصله الدواس بالواو لانه من الدوس قلبت ياء لكسره قبلها (والجزاز) أى جز صوف الغنم  
(لانها تنقدم وتناخر) وذكر شمس الأئمة أن المراد به جزاز النخل (ولو كفل إلى هذه الاوقات جاز  
لان الجهالة اليسيرة متممة في الكفالة وهذه الجهالة اليسيرة مستدركة) أى قريب تداركها وازالة  
جهالتها وتحليل الدليل هكذا هذه جهالة يسيرة وكل جهالة يسيرة متممة في الكفالة لانها عقد تبرع مبني  
على المسامحة فهذه متممة فيها وعلى هذا فالسؤال المورد من قبل شمس الأئمة وهو كون الجهالة اليسيرة  
متممة في موضع لا يدل على أن يكون التأجيل إلى هذه الاوقات الجوهولة متممة ألا ترى أن الصداق  
يتمم الجهالة بحيث يتمم جهالة وصفه ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الأجال سؤال أجنبي عن هذا  
المحل ثم أجاب بأن الاصح صحة هذه الأجال في الصداق خلافا لقول البعض انهم لا يصح تأجيل  
الصداق اليها وانما يردها إذا قيل الجهالة اليسيرة متممة في الصداق بجهالة الوصف فيورد عليه  
النقص بعدم تحمّل جهالة هذه الأجال ويجاب بمأذاب وقوله (لاختلاف الصحابة) أخرجه  
مخرج الاستدلال على انها جهالة يسيرة فان من الصحابة من أجازها كعائشة رضى الله عنها أجازت البيع  
إلى العطاء وابن عباس منعه وبه أخذنا ولو كانت جهالة قوية لم يخلفوا في عدم الصحة معها وأوقفوا  
ان العطاء كان لا يتقدم ولا يتأخر فجاز كونه أجا لا اذ ذلك لصدق الخلفاء الراشدين في بيع عادهم في  
صرفه وأما الآن فيتأخر عن مواعيدهم كثيرا فلا يصح التأجيل اليه الآن فان صح هذا فكيف  
يتصور من ابن عباس خلافه والظاهر أنه كان يتقدم ويتأخر قليلا بنحو يوم أو يومين فأصدرته عائشة  
واعتبره ابن عباس ثم قيل اليسيرة ما يكون الموجب للجهالة التردد في التقدم والتأخر والفاحشة هي  
ما يكون التردد في نفس الوجود كهبوب الريح وقوله (ولانه معلوم الاصل) أى ولان الدين معلوم فأعاد  
الضمير عليه لانه لا كفالة أذيت يلزم ديناي عن الاصل وهو الدين معلوم والجهالة في وصفه وهو كونه  
موجلا إلى كذا الذي قد يتقدم ويتأخر وقوله (ألا ترى إلى آخره) ابتداء لتعليل لقوله لانه معلوم الاصل  
وحاصله أنه انت كونه الجهالة يسيرة باختلاف الصحابة في مثلها وبأن الدين المكفول به معلوم الاصل  
فلم ينبق جهالة إلا في الوصف وجهالة الوصف يسيرة ثم ارتفع إلى أولوية صحة هذه الأجال في الكفالة  
بأن بعض الكفالة يتمم جهالة الاصل كالصداق بمأذاب لك على فلان والذوب غير معلوم الوجود  
فلان يتمم جهالة الوصف فيه أولى (بخلاف البيع فانه لا يتممها في أصل الثمن فكذا في وصفه)  
فإنه عليه أن يقال لا يلزم من عدم تحمل أصل الثمن الجهالة عدم تحمل وصفه وهو أخف لان الأصل  
أقوى أجيب أن الاشتغال في العلة يوجب في الحكم وعلة عدم تحملها في الأصل الاقضاء إلى المنازعة  
انما هو دون عكسه وأجيب بأن المانع من تحمل أصل الثمن الجهالة هو افضاؤها إلى النزاع وهو موجود في جهالة الوصف فيمنعه

وإذا باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الاوقات صح لكونه تأجيل الدين (وهذه الجهالة محتملة فيه بمنزلة الكفالة) لعدم ابتناؤه على المماكسة ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لانه يقصد بالشرط الفساد (ولو باع إلى هذه الآجال) أعني النيز وزوال مهر جان إلى آخر ما ذكرنا من القطاف والجواز ثم تراصنا باسقاط الاجل قبل تحقق هذه الاوقات انقلب البيع جائزاً خلافاً لفرز وجه الله وهو يقول انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً كاسقاط الاجل في النكاح يعني على أصلكم وأما على قول زفر فالنكاح إلى أجل جائز والشرط باطل كما تقدم في النكاح وهو استدلال (٢٢٤) من جانب زفر بما يقل به وليس على ما ينبغي وقد قررناه في التقرير وقلنا الفساد

بخلاف ما إذا باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تأجيل في الدين وهذه الجهالة فيه محتملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لانه يبطل بالشرط الفساد (ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراصنا باسقاط الاجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جازاً للبيع أيضاً وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً وصار كاسقاط الاجل في النكاح إلى أجل) ولنا ان الفساد للنازعة وقد ارتفع قبل تفرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح إلى أجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح

وهو موجود في جهالة الوصف ثم أفاد أن ما ذكره من عدم تحمل البيع جهالة هذه الآجال هو إذا ذكرت في أصل العقد أما إذا عقد بلا أجل وهو قوله (بخلاف ما إذا باع مطلقاً) أي عن ذكر الاجل حتى انعقد صحيحاً (ثم أجل الثمن إلى هذه الاوقات) فانه يجوز فالتأجيل بعد الصحة كالكفالة فتحمل الجهالة اليسيرة لانه حينئذ تأجيل دين من الديون بخلافه في صلب العقد فانه يبطل بالشرط الفساد وقبول هذه الآجال شرط فاسد (قوله ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراصنا على اسقاط الاجل) قبل أن يجيء بأن أسقطاه (قبل أن يأخذ الناس في الدياس والحصاد وقبل قدوم الحاج جازاً للبيع أيضاً) كما جاز إذا عقد بلا أجل ثم ألحق هذه الآجال (وقال زفر لا يجوز) وتقييده بهذه الآجال لاخراج نحو التأجيل به بوجوب الرجوع ونزول المطرفانه لأجل به ثم أسقطه لا يعود صحيحاً اتفاقاً ووجه قوله أن العقد فاسد (فلا ينقلب جائزاً كاسقاط الاجل في النكاح إلى أجل) وكالاته عليه بعد عقده بلا شهود ولا ينقلب جائزاً ويباع الدرهم بالدرهمين إذا أسقط الدرهم لا يعود صحيحاً (ولنا) أن هذه الجهالة مانع من لزوم العقد وليس في صلب العقد بل في اعتبار أخر خارج هو الاجل وصلب العقد البدل مع وجود المقتضى للصحة وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي فإذا زال المانع قبل وجود ما يقتضي سبب الفساد وهو المازعة عند المطالبة الكائنة عند مجيء الوقت ظهر عمل المقتضى وهو معنى انقلابه صحيحاً بخلاف ما قاس عليه من الاشهاد المتأخر فان عدم الاشهاد عدم الشرط وبعد وقوع المشروع فاسد لعدم الشرط لا يعود ذلك بعينه صحيحاً ما إذا أصلى بلا وضوء ثم توضع الصلاة تلك الصلاة صحيحة وانما نظير ما نحن فيه أن يتوضأ قبل عدم المفسد وهو عدم الشرط وذلك قبل الصلاة وأما النكاح إلى أجل فليس هو عقد النكاح بل عقد آخر لا وجود له في الشرع بعد نسخ المتعة وعقد من العقود لا ينقلب عقداً آخر فلا يصح اسقاط الدرهم (لان الفساد في صلب العقد) والذي يحتاج بعد هذا إلى الجواب ما إذا أسقط الرطل الخمر فيما إذا باع بألف ورطل خمر نص محمد على جواز البيع وانقلابه صحيحاً في آخر الصرف اللهم إلا أن يقال هو تباع للآلاف الثمن في بيع المسلم بخلاف ما إذا باع بالخمر فانه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن ويفسد إذا لم يستمتع هنالك هذا والحق زفر بالنكاح إلى أجل بطريق الإلزام

للنازعة والمنازعة أثناء التحقق عند حلول الاجل فإذا أسقطه ارتفع المفسد قبل تفرره فيه ودجائزاً ان قيل الجهالة تقررت في ابتداء العقد فلا يقصد سقوطها كما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد أجاب بأن هذه الجهالة في شرط زائد وهو الاجل لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما ذكرت فان الفساد فيه في صلب العقد واعتراض بأنه إذا نكح بغير شهود ثم أشهد بعد النكاح فانه لا ينقلب جائزاً وليس الفاسد في صلب العقد وإذا باع إلى أن يهب الرجح ثم أسقط الاجل لا ينقلب جائزاً وأجيب عن الاول بأن الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوی كما لو كان في صلب العقد ألا ترى أن من صلى بغير طهارة ثم تطهر لم تنقلب صلاته جائزة وعن الثاني بأن هبوب الرجح ليس بأجل لان الاجل ما يكون منتظراً والهبوب قد يكون متصلاً

بكلامه (قوله وبخلاف النكاح) جواب عن قياس زفر على النكاح وتقريره أننا قد قلنا ان العقد الفاسد قد ينقلب جائزاً قبل تقرر المفسد ولم نقل ان عقداً ينقلب عقداً آخر والنازعة كاح إلى أجل متعة وهي عقد غير عقد النكاح فلا ينقلب نكاحاً قال المصنف (وقبل قدوم الحاج جازاً للبيع أيضاً) أقول لفظ أيضاً من كلام صاحب الهداية قال المصنف (ولنا أن الفساد للنازعة وقد ارتفع قبل تفرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه) أقول يعني على أصلكم أما عند زفر فالنكاح إلى أجل جائز والشرط باطل كما هو في النكاح

(قوله في الكتاب) أي الفسد وورث ثم تراضيا خرج وفاقا لأن من له الأجل يستبد بأسقاطه لأنه خالص حقه قال (ومن ججع بين حر وعبد أو شاذ ذكبة وميتة الخ) إذا ججع في البيع بين حر وعبد أو شاذ ذكبة وميتة بطل البيع فيهما مطلقا أعنى سواء فصل الثمن أول بفصل عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد إن سمي لكل واحد غنما مثل أن يقول اشتريتهما بألف درهم كل واحد منهما خمسمائة جاز العقد في العبد والذكبة (وأن ججع بين عبد ومدير أو بين عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن عندهم خلافا للفرقة من أنه فيهما) أي في العبد والمدير أو في الجمع بينهما (ومتروك التسمية عامدا كالتيه والمكاتب وأم الولد كالمدير) فإن قيل متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدير فيجب جواز بيعه مع المذكي كبيع القن مع المدير أجيب بأنه ليس مجتهد فيه بل خطأ بين المخالفة الدليل الظاهر وهو قوله تعالى ولأننا كلوا مما لم يذكر اسم الله عليه حتى إن القاضي إذا قضى (٣٣٥) بجمله لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة

وقوله في الكتاب ثم تراضي آخر ج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال (ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله ان سمي لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد والشاة الذكية (وان جمع بين عبد ومذبر أو بين عبد وعبد غيره صح البيع في العبد بخصته من الثمن) عند علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله فسد فيها ما وتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمذبرة الاعتبار بالفصل الاول ازاحمة البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر الفساد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية وأخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم عن كل واحد منهما لانه مجهول ولا يبي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد أصلا لانه ليس بعال والبيع صفقة واحدة

( ٣٩ - فتح القدير خامس ) فيما يصح فيه فكان شرط فاسدا وفيه نظر أما أولا فلأنه إذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة وحينئذ لا يكون قبول العقد في الحر شرط البيع في العبد وأما ثانياً فلأن الشرط الفاسد هو ما يكون فيه من منفعة لأحد المتعاقدين أو للعقد وعليه حتى يكون في معنى الزبائليس في قبول العقد في الحر منفعة لأحدهما أو للعقد وعليه فلا يكون شرطاً فاسداً وأما ثالثاً فلأن قبول العقد في الحر إنما يكون شرطاً لقبول العقد في العبد إذا صح الإيجاب فيهما مثلاً لا يتضرر البائع بقبول العقد في أحدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدير وأجيب عن الأول بأن الصفقة متحدة في مثله إذا لم يكرر البيع أو الشراء وقد تقدم في أول البيوع وعن الثاني بأن في قبول العقد في الحر منفعة للبائع فإنه إذا باعه ما بألف والحر ليس بمال بقابل لبدل فكأنه قال بعت هذا العبد بخمسمائة على أن يسلم إلى خمسمائة أخرى فينتفع بفضل خال عن العوض في البيع وهو الربا

وعن الثالث بأن الإيجاب إذا صح فيه ما صح العقد والشرط جميعا فلا يكون فيما نحن فيه وإذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصليين وتم حواء  
زفر عن النسوبة بينهما (قوله بخلاف النكاح) جواب عن قياسه ما على النكاح بأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع  
وقوله أما البيع في هؤلاء متصل بقوله لأن الحر لا يدخل تحت العقد وأراد بهؤلاء المذبر والمكاتب وأم الولاد وعبد الغير فانهم دخلوا تحت  
العقد لقيام المالية فانهم باعتبار (٢٣٦) ازق والنقوم وهما موجودان (قوله ولهذا ينقذ) يجوز أن يكون توضيحا

فكان القبول في الحر شرط البيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لأنه لا يبطل بالشرط  
الثامسة وأما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينقذ في عبد  
الغير بإجازته وفي المكاتب برضاه في الأصح وفي المذبر بقضاء القاضي وكذا في أم الولاد عند أبي حنيفة  
وأبي يوسف رحمه الله إلا أن المالكة باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا  
إشارة إلى البقاء كما إذا اشترى عبيدين وهلاك أحدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في  
غير المبيع ولا يباع بالحصصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

بدليل أنه ليس للقبول أن يقبل في أحدهما بعد جعل قبول العقد في كل شرط في بيعه إلا أنه قد شرط  
في قبول العقد بقوله في الحر وهو شرط فاسد فيبطل بيع العبد (بخلاف النكاح فإنه لا يبطل بالشرط  
الفاسد أما بيع هؤلاء فموقوف) على القضاء في المذبر ورضا المكاتب في الأصح خلافا لما روي عن أبي  
حنيفة وأبي يوسف وإجازة ذلك الغير (فقد دخلوا في العقد لقيام المالية) على قول بعض المجتهدين  
في أم الولاد أيضا فدخلت أيضا على قول أبي حنيفة وأبي يوسف (الأن المالكة) أي مالكة العبد  
المضموم إلى عبد البائع (باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع) بعد وجوده  
فيما قبله وهذا في أم الولاد بناء على صحة القضاء ببيعها عندهما خلافا للمحمد وهو بناء على أن إجماع  
التابعين اللاحق هل يرفع خلاف الصحابة السابق عندهما لا يقوى لرفع خلاف الصحابة وعند  
محمد نعم فلذا صح القضاء ببيعها عندهما انظرا إلى الخلاف وعنده لا نظر إلى الإجماع وارتفاع  
الخلاف مع أن قول عبيدة لم يرض الله عنه لما قال بدائي رأى ابنه يبعن فقال رأيك في الجماعة أحب  
النامن رأيك وحده ظاهر في أن أكثر الصحابة كانوا على منع بيعها وأكلهم الأعلى وقد ذكر الكرخي  
رجوع أبي يوسف في مسألة الطوق والحارية إذا باعها بمثن مؤجل كما سيجي في الصرف فاستدلوا  
به على رجوعه في هذه المسائل إذ الفرق بينهما لا يتضح كذا في المبسوط قيل ينبغي أن يكون الجمع بين  
متروك التسمية عامدا وبين الذبيحة كالمجمع بين القن والمذبر على قول أبي حنيفة لصحة الفاسد في  
متروكه الإجماع أعجب بالفرق بأنه لا يحل بالقضاء ويصح بيع المذبر به والاجتهاد فيه غير معتبر  
بل نفس الاجتهاد خطأ لمصادمته ظاهر النص هذا وقد يجعل الخلاف بينهم بناء على الخلاف في تعدد  
الصفة واتحادها فقد تقدم أول كتاب البيع أن تعدد هاهنا عندهما بتعدد الثمن وتفصيله وعنده  
لا يحصل بذلك التعدد بل لا بد مع ذلك من تكرار لفظ البيع وما في الذخيرة أن البائع إذا فصل  
الثمن وسمى لكل ثمن على حدة واتحد الباقي كانت الصفة واحدة هو على قول أبي حنيفة وأورد من  
قبلهما أن قبول العقد فيما لا يصح شرط ليس فيه منفعة فلا يكون مفسداً أجيب بمنع اشتراط  
النفع في إفساد الشرط أولاً وليس بشيء ثم لو سلم ففيه نفع لأن قبوله قبول بدله وهو مال مقوم  
والحر ليس بمال فيكون بدله خالي عن العوض فيكون ربا وقوله (وكان هذا) يعني رد البيع (إشارة  
إلى البقاء) يعني دخولهم تحت البيع لأن رد البيع بدون انعقاده لا يصح وإذا خرجوا بعد دخولهم  
لا يكون فيه بيع بالحصصة ابتداء بل بقاء كما إذا باع عبيدين وهلاك أحدهما قبل القبض ينسخ البيع فيه

لقوله موقوف فإن البيع  
في عبد الغير موقوف على  
إجازته وفي المكاتب على  
رضاه في أصح الزوايين  
وفي المذبر على قضاء القاضي  
وكذا إذا قضى القاضي  
يجوز أن يبيع أم الولاد نقد  
أبي حنيفة وأبي يوسف  
رحمهما الله خلافا للمحمد بناء  
على أن الإجماع اللاحق  
يرفع الاختلاف السابق  
عنده فيكون القضاء على  
خلاف الإجماع فلا ينقذ  
وعندهما لا يرفع فيكون  
القضاء في فصل مجتهد فيه  
فينقذ فقد عرف ذلك في  
أصول النسخة فإن قيل كيف  
يصح قوله موقوف وقد قال  
في أول الباب ويصح أم الولاد  
والمذبر والمكاتب باطن  
فالجواب أنه باطل إذ الميجز  
المكاتب ولم يقض القاضي  
يجوز أن يبيع المذبر وأم الولاد  
يدل على ذلك تمام كلامه  
هناك ويجوز أن يكون  
توضيحا لقيام المالية فإن  
الإجازة وقضاء القاضي  
لا تنفذ في غير محلها وإذا نفذ  
هنا عرفنا التحلية فيما ولا محل  
للبيع إلا لقيام المالية فعرفنا  
أنهم دخلوا في العقد فكان

الواجب أن لا يكون العقد فيهم فاسداً إلا أن المالكة باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع وهذا  
أي الرد بالاستحقاق لا يكون إلا في البقاء فكان كما إذا اشترى عبيدين وهلاك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الباقي بحصته من الثمن بقاء  
فلم يمنع من الصحة وهذا أي الجمع بين القن واحداً المذ كورين لا يكون شرطاً للقبول في غير المبيع ولا يباع بالحصصة ابتداء بعد ما ثبت دخولهم  
في المبيع ولهذا لا يشترط حالة العقد ببيان ثمن كل واحد من العبد والمذبر فيه أي فيما إذا جاع بين القن والمذبر

فصل في أحكامه **﴿** وإذا قبض المشتري المبيع لما كان حكم الشيء لكونه أثرا ثابتا به يعقبه ذكر أحكام البيع الفاسد عقبيه والبيع عندنا ينقسم باعتبار غير ما مر إلى صحيح وفاسد وباطل وموقوف وعند الشافعي إلى صحيح وباطل لا غير (وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع) يعني بأذنه (وفي العقد عوضان مالان ملك المبيع ولزمته القيمة) ذكر القبض لترتيب الأحكام عليه وذكر البيع الفاسد لأن الباطل لا يفيد شيئا وإن اتصل به القبض وأمر البائع يعني به الإذن في القبض أعظم من كونه حريصا أو دلالة والمعنى بدلالة الإذن هو أن يقبضه عقيب العقد بحضرة البائع فإن لم يكن بحضرة البائع لم يملك بخلاف الصريح فإنه يفيد مطلقا وقيد أن يكون في العقد عوضان مالان لثلاثة سبب ذكرها وقوله ملك المبيع هو قول عامة (٢٢٧) المشايخ سوى أهل العراق فهم يقولون

المبيع في البيع الفاسد مما لو كان التصرف لا يملك العين وقد تقدم الكلام فيه (وقال الشافعي رحمه الله القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك لأنه محظور) والمحظور (لا تنال به نعمة الملك) لأن المناسبة بين الأسباب والمسببات لا بد منها (ولأن النهي نسخ للشرعية للتضاد) بين النهي والشرعية إذا انتهى يقتضي القبح والشرعية تقتضي الحسن وبينهما منافاة والمنسوخ المشروعية لا يفيد حكما شرعيا (ولهذا لا يفيد قبل القبض وصار كما إذا باع الخمر بالدرهم) أو الدنانير أو بالمئة وقبضها المشتري فإنه لا يفيد الملك ولأن البيع الفاسد مشروع بأصله

فصل في أحكامه **﴿** وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته (وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه وإن قبضه لأنه محظور فلا ينال به نعمة الملك) ولأن النهي نسخ للشرعية للتضاد ولهذا لا يفيد قبل القبض وصار كما إذا باع بالمئة أو باع الخمر بالدرهم ولأن ركن البيع صدر من أهله مضاعفا إلى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الأهلية والمحلية

وحده وتجب حصة الآخر من الثمن وإذا كان المذبر وماعه محلا للبيع لم يكن جمعه مع القن يتضمن اشتراط قبول العقد في غير المبيع **﴿** فروع **﴿** في الكافي جمع بين وقف وملك وأطلق صح في الملك في الأصح وقال الخواري يفسد قيمته ثم يرجع وقال جازي في الملك كافي العبد والمذبر ولو باع كرمافيه مسجد قديم إن كان عامرا يفسد البيع والألا وكذا في المقبرة ولو اشترى دارا فيه طريق للعامة لا يفسد البيع والطريق عيب ولو اشترى دارا بطريقها ثم استحق الطريق إن شاء أمسكها بخصتها وإن شاء ردها إن كان الطريق مختلطاً بها وإن كان متميزاً لزمه الدار بخصتها ومعنى اختلاطه كونه لم يذكر له الحدود وفي المنتقى إذا لم يكن الطريق محدودا ففسد البيع والمسجد الخاص كالطريق المعلوم ولو كان مسجد جماعة ففسد البيع في الكل وفي بعض النسخ ولو كان مسجد جامع ففسد في الكل وكذا لو كان مهسدا وما أَرْضا ساحة لا بناء فيها بعد أن يكون أصله مسجد جامع كذا في المحتجب والظاهر أن هذا منفرع على قول أبي يوسف في المسجد إلا أن كان من ريعه معلوم يعاديه ولو باع قرية وفيها مسجد وابست في المسجد جازا للبيع

فصل في أحكامه **﴿** قال (وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع) حريصا أو دلالة كما سيأتي (وفي العقد عوضان كل منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) ومعلوم أنه إذا لم يكن فيه خيار شرط لأن ما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفاسد ولا يخفى أن لزوم القيمة عيناً عما هو بعد ذلك المبيع في يده أمامه قيامه في يده فالواجب رده بعينه (وقال الشافعي لا يملكه وإن قبض لأنه) أي البيع الفاسد (محظور فلا ينال به نعمة الملك ولأن النهي نسخ للشرعية للتضاد) بين الشرعية والنهي والمراد أن النهي يتضمن انتفاء المشروعية (ولهذا) أي كونه غير مشروع (لا يفيد الملك قبل القبض) ولو كان مشروعاً ثبت قبضه كافي البيع الصحيح (وصار كما إذا باع الخمر بالمئة أو باع الخمر بالدرهم) فإن الاتفاق على أنه لا يفيد الملك في الوجهين وما ذاك إلا انتفاء مشروعية السبب (ولأن ركن العقد صدر من أهله في محله ولا خفاء في الأهلية ولا في المحلية

فصل في أحكامه **﴿** (قوله والبيع عندنا إلخ) أقول أي ما يطلق عليه لفظ البيع (قوله غير ما مر) أقول في أول البيع (قوله وقد تقدم الكلام فيه إلخ) أقول ذكره بعد وروقه تخميناً وهو قوله وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مالاً ليحقق ركن البيع إلخ (قوله وقد تقدم الكلام فيه إلخ) أقول في أوائل البيع الفاسد قال المصنف (ولأن النهي نسخ للشرعية) أقول جوابه وبالله العون إن أراد بالمشروعية ترتيب الثمرات المطلوبة من النبي عنه عليه شرعاً فلا نسلم ذلك ولا نسلم التضاد من النهي والشرعية بهذا المعنى كيف وهو أول المسئلة وإن أراد بها المأذونية شرعاً فلم يلائم من انتفاء المأذونية شرعاً انتفاء ترتيب الأحكام فليست أملاً (قوله أو بالمئة) أقول ظاهره وعطف على الدرهم فلا يوافق المتن إلا تخصيص فيه للمئة يجعله ثمناً للخمر بل عام (قوله ولأن البيع الفاسد مشروع بأصله إلخ) أقول لعل قوله مشروع مجاز عن مفيد الملك بقرينة آخر كلامه ليوجد التلاؤم بين كلاميه فليست أملاً



لأن ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاتساق بالتراضي صدر من أهله إذا الكلام في أن لا خلل في العائد من مضاف إلى محل  
كذلك وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيد لا يقال قد يكون النهي مانعا عن ذلك لأن النهي يقرر المشروعية عند الاقتضاء  
التصور ليكون النهي عما يتكون ليكون العبد مبتلى بين أن يترك باختياره فيشأ وبين أن يأتي به فيعاقب عليه فنفس البيع مشروع  
وبه تنال نعمة الملك لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النهي فجعلناه في وصفه مجاورا كإفي البيع وقت النداء عملا بالوجهين وقد ذكرنا هذا  
في التقرير على وجهه أتم واعترض بان (٢٣٨) المحذور في البيع وقت النداء مجاور وأما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به

وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عند الاقتضاء التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وأما المحذور ما يجاوره كإفي البيع وقت النداء

وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام) أي الكلام مفروض فيما إذا كان في العقد عوضان هما مالان  
قوله (نعمة) الملك لا تنال بالمحذور قلنا ممنوع بل ما وضعه الشرع سببا للحكم إذا نهى عنه على وضع خاص  
ففعل مع ذلك الوضع رأينا من الشرع أنه أثبت حكمه وأتمه أصله الطلاق وضعه لازالة العصمة ونهى عنه  
بوضع خاص وهو ما إذا كانت المرأة حائضا ثم رأينا أنه أثبت حكم طلاق الحائض فأزال به العصمة حتى أمر  
ابن عمر بالرجعة دفعا للعصية بالقدر الممكن وأتم المطلق فصار هذا أصلا في كل سبب شرعي نهى عن  
مباشرته على الوجه القلاني إذا بوشر معه ثبت حكمه وبعضي به وقوله النهي نسخ للمشروعية يعني يفيد  
انتفاءها مع الوصف فنقول ما تريد بانه انتفاء مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف المذكور  
أو كونه لا يفيد حكمه ان أردت الأول سلمناه ومنعنا أنه مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضى للنهي كما  
أريناه من الشرع وان أردت الثاني فهو محل النزاع وهو حجة ثم مصادرة حيث جعلت محل النزاع جزأ  
الدليل لا يقال فلان فائدة للنهي حيث نزلت لانهما التحريم والتأنيب وهو موضع النهي فانه للتحريم أو لكرهه  
التحريم إذا كان ظني الثبوت وهذا بخلاف ما إذا لم يكن الثابت ركن العقد بأن لم يكن مالا بأن عقد على  
انجر أو الميعة لعدم الركن فلم يوجد السبب أصلا فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفاسد والباطل  
باعتبار اختلاف حكمه ما تميزا فمبينا ما لا يفيد حكمه باطلا وما يفيد فاسدا أخذنا من مناسبة لغوية  
تقدمت أول باب البيع الفاسد ولا خفاء في حسن هذا التقرير أن شاء الله تعالى وكفایته وأما قول  
المصنف رحمه الله وغيره من المشايخ (النهي يقرر المشروعية لاقتضاءه التصور) يريدون أن النهي  
عن الأمر الشرعي يقرر مشروعية لأن النهي عن الشيء يقتضي تصور المنهي عنه واللام يكن للنهي فائدة  
فليس بذلك لان كونه يقتضي تصور المنهي عنه بمعنى إمكان فعله مع الوصف المثير للنهي لا يفيد فانه إذا  
فعل هذا المتصور يقع غير مشروع وان أرادوا تصوره شرعا أي ما دون فافيه شرعا ممنوع وان قالوا  
نريد تصوره مشروعاً بأصله لا مع هذا الوصف الذي هو مثير للنهي قلنا سلمناه ولكن الثابت في صورة  
النهي هو المقرون بالوصف فهو غير مشروع معه والمشروع وهو أصله بمعنى البيع مطلقا عن ذلك الوصف  
غير الثابت هنا فلا فائدة في هذا الكلام أصلا اذن سلم انه مشروع بأصله أعني ما لم يقرب بالوصف وهو  
مفقود فلا يجدي شيئا وحيث نذكر قوله (فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك) يقال عليه  
ما تريد بنفس البيع الذي ليس فيه الوصف الذي هو متعلق بالنهي أو ما فيه ان قلت الذي ليس فيه  
سلمناه وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذي ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المثير للنهي فلا ينال به  
نعمة الملك فيحتاج لما قررناه من منع ان السبب إذا كان مع النهي لا يفيد الملك إلى آخر ما ذكرنا وأما  
قوله (وأما المحذور ما يجاوره كإفي البيع وقت النداء) فالمراد أن يجمع بين ما نحن فيه وبين البيع

وصفا فلا يكون قوله كإفي  
البيع وقت النداء صحيحا  
وأيا الحكم هناك الكراهة  
وفي المتنازع فيه الفساد  
وأجيب بأن غرض المصنف  
من ذكر المجاورة بيان ان  
المحذور ليس لمعنى في عين  
المنهي عنه كما زعمه الخصم  
والمجاورة مع المتصل وصفا  
سيان في ذلك وبان غرضه  
ان حكم المنهي عنه ليس  
البطلان كما يدعيه الخصم  
والكرهية والفساد يشتركان  
في عدم البطلان طالع  
التقرير تطوع على ذلك

قال المصنف (وركنه مبادلة  
المال بالمال) أقول يعني  
حقيقته والافروكه  
الايجاب والقبول أو مادل  
على ذلك قال المصنف  
(وفيه الكلام) أقول  
أي الكلام مفروض فيما  
إذا كان في العقد عوضان  
هما مالان قال المصنف  
(والنهي) أقول معارضة  
للدليل الثاني قال المصنف  
(يقرر المشروعية) أقول  
بمعنى ترتب الاحكام المطاوعة  
منه عليه شرعا لا بمعنى

المأذونة شرعا قال المصنف (لاقتضاءه التصور الخ) أقول يعني تصوره موجود شرعا تصورا مطابقا  
لواقع فإذا كان موجودا شرعا ترتب عليه الآثار والاحكام المطاوعة اذ هو معنى الوجود الخارج على ما بين في موضعه قال المصنف  
(فنفس البيع) أقول مع قطع النظر عن وصفه قال المصنف (مشروع) أقول أي مأذون فيه فقوله فنفس البيع مناقضة وإشارة  
إلى الجواب عن دليل الشافعي والفاء ليست للتفريع بل عاطفة للتعقيب الذكري (قوله قد يكون النهي مانعا عن ذلك) أقول أي  
عن المشروعية (قوله لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النهي) أقول قوله مقتضى النهي حال

(قوله وانما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي الى تقرير الفساد) جواب عن قوله ولهذا لا يفيد قبل القبض وتقرير ذلك انه لا يثبت الملك قبل القبض لرجوب تسليم الثمن ووجوب على البائع تسليم المبيع لانهم ما من مواجب العقد فيتقرر الفساد وغو لا يجوز لانه واجب الرفع بالاسترداد وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقريره واذ كان واجب الرفع بالاسترداد يعني اذا كان المبيع مقبوضا فلا ان يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبة أحد المتعاقدين أو لى لكونه أسهل لسلامته عن المطالبة والاحتضار والتسليم والتسليم ثم الرفع بالاسترداد وعورض بأنه لو لم يفيد الملك قبل القبض لم يفد بعده لان كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالمبيع قبل القبض يمنع بعده كخيار الشرط وبأنه لا يفاد بعد القبض كان تقرير الفساد والجواب عن الاول انه ممنوع والالزام أن يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره وهو محال وخيار الشرط انما يستتوي فيه القبض وعدمه لان ثبوت الملك فيه معلق بسقوط الخيار معنى لانه يقول على ان الخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه فلم يلزم أن يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره لان الشرط أحد الغير أعني القبض وعن الثاني ان تقرير الفساد بعد (٢٢٩) القبض يثبت في ضمن الضمان فان القبض

بوجوب الضمان فان لم ينقل الملك من المضمون له الى الضامن لا يجتمع البطلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز والضمانيات لا تعتبر بها (قوله ولان السبب) دليل آخر على افادة البيع الفاسد الملك بعد القبض ووجه ان السبب يعني البيع الفاسد (قد ضعف لكان اقترانه بالقبض فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم) لان القبض شبهها بالايجاب فصار كأن ايحاب انبيع الفساد ازداد قوة في نفسه فهو كالهيئة في احتياجه الى ما يعضده العقد من القبض (قوله والميتة ليست بمال) جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على

وانما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد قبل الامتناع عن المطالبة أو لى ولان السبب قد ضعف لكان اقترانه بالقبض فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهيئة والميتة ليست بمال فانه عدم الركن ولو كان الخمر متممًا فقد خرجناه وشئ آخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح تمنا لا تمنا

وقت النداء في ثبوت الملك عند عدم كون الشيء لعين المنيى عنه كما اذا كان مع عدم ثبوت الركن والا فالنهي للجوار يفيد الكراهة لا الحظر والنهي للوصف اللازم كما نحن فيه يفيد الحظر هذا الا اني أقول وبالله التوفيق مع ذلك ان الخمر والخمر ليس بمال في شريعتنا فان الشارع اهانها بكل وجه حتى لعن حاملها ومعتصرها مع انها مقصودة حال الاعتصار بل الموجود حيث ذنبه ان يصير خمر او باعها وأكل ثمنها وهي مال في شرع أهل الكتاب على زعمهم وحيث أمرنا ان نتركهم وما يدينون فقد أمرنا باعتبار بيعهم اباها وبيعهم بها فاذا كان أحد العوضين خمرًا أو خمرًا في بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك في البطلان الآخر وان كان ثمننا وان كان في بيعهم فصحيم والله أعلم وقوله (وانما لا يثبت الملك قبل القبض الى آخره) جواب عن مقدروانه اذا كان هذا البيع يفيد حكمه فواجه تراخيه عنه الى وقت القبض فأجاب وحاصل الوجه فيه اننا قد رأينا أنه بسبب محذور وان ما هو بسبب محذور طلب الشرع رفعه بالقدر الممكن وان ترتب حكمه كما أمرنا براجعة الخائن فوجب ذلك في البيع وحيث أمرنا باعدامه بعد فعله صار فيه ضعف ورأينا حكم السبب قديتاً أخر عنه في الشرع بسبب من الاسباب فأخرناه الى القبض فانه بهيتاً كد العقد فيوجب حيثئذ حكمه كالهبة لما ضعف السبب فلم يثبت الملك فيها الا بالقبض وقوله (كي لا يؤدي الى تقرير الفساد) أي الى زيادة تقريره فان المبادرة اليه تزيد وجوده مع انه واجب الرفع فلا يفيد ذلك وقوله (وان كان الخمر متممًا فقد خرجناه) يريد ما قدمه من بطلان البيع اذا كانت جميعا لان في جعلها المقصود بالعقد اعزازها وقوله (وشئ آخر) أي وجه

البيع بالميتة وتقريره ان الميتة ليست بمال وماليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه ولو كان الخمر متممًا وهو ما اذا اشترى الخمر بالدرهم فقد خرجناه يعني في أوائل البيع الفاسد وأراد به ما قاله وأما بيع الخمر والخمر ان كان بالدين كالدرهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيما اذا كان الخمر متممًا بطلان البيع في المتنازع فيه وفي شئ آخر أي دليل آخر سوى ما ذكرناه من انه وهو ان العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسليمها فلو قلنا بان عقد البيع في الصورة المذكورة جعلنا القيمة متممًا لان كل عين يقابلها الدرهم أو الدنانير في البيع هو مثنى لتعين الدرهم والدنانير للتمسية مخلقة وشرعا ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور البياعات

(قوله لانهم ما من مواجب العقد) أقول الظاهر أن يقول من مواجب الملك الا أنه أراد بالعقد الملك الثابت به مجازا كما في رعيها غنما (قوله والجواب عن الاول أنه ممنوع الخ) أقول لا يرد عدم ثبوت الملك بالقبض في البيع الباطل لكونه كلاما على السند (قوله لان الشرط أحد الغير) أقول ولتخصم أن يقول ان الفساد أحد الغير أيضا (قوله فان القبض يوجب الضمان) أقول ان أراد بعد الهلاك فسلم وليس الكلام فيه وان أراد عين قيام المبيع أو أعم فمنوع بل الواجب رد عينه فلا يلزم اجتماع البديلين في ملك شخص ولو صرح ما ذكره الملك المقصوب بالقبض بخريان ما ذكره فيه فليتم مل فان جواب النقض يظهر مما سبق في باب خيار الشرط من قوله حكم المعاوضة والمقام بعد محمل كلام

فأقول به تغيير للشروع فكنا بطلانه (قوله ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع) إشارة الى صحة الاذن بالدلالة كما اذا قبضه بمجلس العقد بحضوره قبل الافتراق ولم ينه فانه يصح استحسانا (قوله وهو الصحيح) احتراز عما ذكره صاحب الايضاح وسماء الرواية المشهورة فقال وما قبضه بغير اذن البائع في البيع الفاسد فهو كالم يقبض وهذه الرواية هي المشهورة وجوه الصحيح ان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضوره قبل الافتراق ولم ينه كان يحكم التسليط السابق فيكتفي به وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وعلى رواية صاحب الايضاح (٣٣٠) يحتاج الى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد وذلك بأن العقد اذا وقع فاسدا لم

يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط لو ثبت انما يثبت بمقتضاء شرع او فاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا مادام في المجلس لان التصرف وقع صحيحا فجاز أن يكون تسليطا بمقتضاه وانما يتوقف على المجلس لان القبض ركن في باب الهبة وانه ينزل منزلة القبول في حق حكمه فكأن القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عن هذا الاشتراط البيع بالمينة والدم والحر والريح التي تهب والبيع مع نفي الثمن ويجعل الكل باطلا لعدم المالية في هذه الاشياء سواء كانت ثمنًا أو مئنة لكن ذكر جهته الاثمان ليعلم انها اذا كانت مبيعة كان البيع أولى بالبطلان

ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا أنه يكتفي به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضوره قبل الافتراق ولم ينه كان يحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليحقق ركن البيع وهو مبادلة المال فيخرج عليه البيع بالمينة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن آخر لبطلان العقد اذا كانت مبيعة وهو ان الواجب حينئذ تسليم قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليمها وتسليمها والقيمة لا تكون الادراهم او دنانير فتصير القيمة مبيعة لقيامها مقام مبيع وهو خلاف وضع الشرع في سائر البياعات من ان المقابل للسلع من النقود غن لا يقال لا مانع من ذلك فان الدراهم والدنانير اذا قبلت بمثلها صار كل منهما مبيعا و غنا والخمر قد قبلت بالدراهم فاذا نزلت القيمة مكانها صارت دراهم مقابل بدراهم لانا نقول الثابت هنا كون كل مبيعا و غنا وهنا يلزم مبيع العايس غير وقد يقال لما كان الواجب بقبض المبيع في الفاسد القيمة لا الثمن والمدفوع في بيع الخمر قيمتها آ الى الصرف فتكون القيمة مبيعا و غنا كالقيمة التي يدفعها المشتري (ثم شرط) في الملك (أن يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر) من المذهب (الا أنه يكتفي بالاذن دلالة كما اذا) اجتره (قبضه في مجلس العقد) ولم ينه البائع (استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضوره قبل الافتراق ولم ينه كان يحكم التسليط السابق) أما اذا كان أمره بالقبض فانه يملكه ولو كان القبض مع غيبة البائع ولو قيل لا تسلم أن هذا البيع تسليط لما قدم من ضعفه عن افادة حكمه بنفسه وهذا هو وجه الرواية المقابلة للصحيح وتسمى الرواية المشهورة فالجواب ان ضعفه انما يثبت بغير ثبوت حكمه بمجرد عدم قبضه مطلقا وصار كالهبة في ضعف السبب مع أن القبض فيها (في مجلس العقد) يصح استحسانا) وأثر الضعف يكتفي فيه كون التسليط الذي يثبت بمقيد بالمجلس حتى لو قبضه في غير ذلك المجلس بحضوره ولم ينه لا يصح قبضه قياسا واستحسانا وعن الهنداوي انه قال يجب أن يكون القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير اذنه اذا كان أدى الثمن بما يملكه البائع بالقبض أخذ من اطلاق سياق وأما ما ذكر في المأذون من اشتراط اذن البائع في صحة القبض بعد الافتراق فتأويله اذا لم ينقد الثمن أو كان الثمن خرا من ملاحق لا يملك بالقبض فاما اذا ملك به فلا يحتاج الى الاذن ويكون قبض الثمن منه اذا منعه بالقبض وفي المجتبى في التخلية اختلاف الروايات والاصح أنها ليست بقبض وفي التلاصقة التخلية كالقبض في البيع الفاسد في بيع الجامع الكبير وفي المحيط باع عبد من ابنه الصغير فاسدا واشترى عبده لنفسه فاسدا لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله وفي جمع التفاريق لو كان ودبعة عنده وهي حاضرة مملكتها وقوله (فيخرج عليه) أي على اشتراط المال في البيع الفاسد عدم (البيع) وبطلانه (بالمينة والدم والحر والبيع بالريح والبيع مع نفي الثمن) كلها باطلة لعدم

(قوله باذن البائع) إشارة الى صحة الاذن أقول في حصول الإشارة عما ذكره خفاو لعل مراده (قوله كما اذا قبضه) أقول ينبغي أن تكون الكاف زائدة على ما يدل عليه تفسيره الاذن دلالة في أول الفصل (قوله) والفساد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى) أقول في التفرع كلام فان البيع الفاسد وجودا شرعيا ولا يكتفي بذلك في ثبوت المقتضى ثم أقول له يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى يعني يجب اعدامه شرعا فلم يثبت المقتضى شرعا قال المصنف (ليحقق ركن البيع) أقول يعني لينظر تحققه فان الفاسد قد يستعمل في معنى العام للباطل أيضا

وقوله أي قول القسود في زمنيته قيمته معناه إذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعديدات المتفاوتة فأما في ذوات الامثال كالكليات والموزونات والعديدات المتقاربة فيجب المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب والحكم في الغصب كذلك بناء على ان المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه الا اذا تعذر قال (ولكل واحد من المتعاقدين فسخته رفعاً للفساد الخ) لكل واحد من متعاقدي البيع الفساد له فسح البيع رفعاً للفساد سواء كان قبل القبض (٢٣١) أو بعده أما اذا كان قبل القبض

فلما تقدم انه لم يقد الحكم فكان الفسخ امتناعاً من ان يقد الحكم وأما اذا كان بعده فلا يجوز إيماناً بكون الفساد في صلب العقد أي

لمعنى في أحد البديلين كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر أو لشرط فاسد زائد كاشتراط ما ينفع به أحد المتعاقدين والبيع الى النهر وز والمهرجان ونحو ذلك فان كان الاول كان لكل منهما فسخته بخضرة صاحبه عند أي حنيقة ومحمد رحمه الله لقوة الفساد وعند أبي يوسف بخضرتة وغيبته وأن كان الثاني فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض وأما اذا كان بعده فللذي له الشرط أن يفسخه بخضرة صاحبه اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص وأما اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل يطلب في شرح الطحاوي قبل المذكور في الكتاب قول محمد ووجهه ما ذكره أن العقد قوى فكان الواجب أن لا يكون لأحد المتعاقدين حق الفسخ

وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فأما في ذوات الامثال فيلزمه المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى قال (ولكل واحد من المتعاقدين فسخته رفعاً للفساد الخ) وهذا قبل القبض ظاهر لأنه لم يقد حكمه فيكون الفسخ امتناعاً منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد بشرط زائد فلن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا أنه لم يحقق المراضاة في حق من له الشرط

المال في العوض وقيد بنفي الثمن لانهما لو سكتا عن الثمن فلم يذ كراه بنفي ولا ثبات انعقد فاسد او يثبت الملك بالقبض موجباً للقيمة لان مطابق البيع يقتضي المعاوضة فاذا سكت عن عوضه كان عوضه قيمته وكأثره باع به بقيمته فيفسد البيع وقوله (لزمته قيمته) يعني يوم القبض ولزادت قيمته في يده فأثقله لأنه انما دخل في ضمانه بالقبض فلا يتغير كالغصب وقال محمد عليه قيمته يوم أنقله لأنه بالاستهلاك تقر عليه الضمان فتعتبر قيمته حينئذ كذا في المكافي وهذا (في ذوات القيم فأما في ذوات الامثال فيلزمه المثل) ومنها العديدات المتقاربة (لأنه مضمون بنفسه) أي بالقيمة واحترزه عن البيع الصحيح هذا والقول في القيمة والمثل قول المشتري لأنه الضامن فالقول له في القدر والقيمة فيه ينسب البائع (قوله ولكل واحد من المتبايعين فسخته رفعاً للفساد) أي للعصية فرفعها حق لله تعالى فان نفس العقد مكره والجري على موجبته بالتصرف في المبيع فليك أو انتفاع بوطء أو لبس أو كل كذلك أي بكره لما فيه من تقرير المعصية وهي كراهة التحريم والوجه أن يكون حراماً لان الاجماع على منعه شرعاً قطعي بوجوب الحرمة وعرف من تعليل المصنف برفع المعصية ان الواجب أن يقال وعلى كل واحد فسخته غيرانه أراد مجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوقع تعليله أخص من دعواه وحاصل المنقول في المسئلة ان اذا كان الفساد في صلب العقد وهو ما يرجع الى الثمن أو المثل كبيع درهم بدرهمين أو ثوب بخمر فملك كل فسخته بخضرة الآخر عنده لأنه وان كان حق الشرع ففيه الزام موجب الفسخ فلا يلزمه الا بعله وعند أبي يوسف بغير خضرتة أيضاً ولم يحكم المصنف هذا الخلاف (وان كان الفساد بشرط زائد) كالبيع على أن يقرضه ونحوه أو الى أجل مجهول فلكل واحد فسخته قبل القبض وأما بعد القبض فيستقل (من له) منفعة (الشرط) والاجل بالفسخ كالبائع في صورة الاقراض والمشتري في الاجل بخضرة الآخر (دون من عليه) عند محمد رحمه الله تعالى لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة عليه صح فسخته لأنه يقدر أن يسقط الاجل فيصح العقد فاذا فسخته فقد أبطل حقه لقدرته على تصحيح العقد وعندهما لكل منهما حق الفسخ لأنه مستحق حقاً للشرع فانتفى الزوم عن العقد والعقد اذا كان غير لازم تمكن كل من فسخته كذا في الذخيرة والايضاح والكافي فعلى هذا المذكور هنا قول محمد وحده وهذا اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص أما اذا زاد المشتري في يد المشتري زيادة متصلة له متولدة من الاصل أولاً ومنفصلة كذلك أو انقص بأففة سماوية أو بفعل الغير بائعاً أو مشترياً أو أجنبياً فسنذكره وقوله (الا أنه) الى آخره جواب سؤال يرد على قوله لقوة العقد وهو أنه لما كان

لكن الرضا لم يحقق في حق من له الشرط فله أن يفسخه وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لأنه مستحق حقاً للشرع فانتفى الزوم عن العقد وفي العقد الغيبة لا لازم تمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخته

(قوله فان كان الاول كان الخ) أقول كان الظاهر أن يقول فان كان الاول فذلك لقوة الفساد الا أنه عدل عنه الى ما يرى لبعده المسافة عن قوله أما اذا كان بعده وليتعلق به قوله بخضرة صاحبه فليتدبر (قوله فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض الخ) أقول لا ينبغي عليه ان الكلام فيما بعد القبض وحكم ما قبل القبض مرجع دليله في تقريره ركاكة ظاهرة

كذا في الذخيرة والايضاح والكافي فان باع المشتري المقبوض بالشراء الفاسد نفذ بيعه لانه ملكه بالقبض وكل من ملك بالقبض شيئا  
ملك التصرف فيه سواء كان تصرفا لا يحتمل النقص كالاتاق والتدبير او يحتمله كاليبيع والهبة ورد بان المبيع لو كان مأكولا لم يحل  
أكله ولو كانت جارية لم يحل وطؤها ذكره في شرح الطحاوي فلم يملك التصرف مطلقا وأجيب بالمنع فان مجرد انصر في كتاب الاستحسان  
على حل تناوله زال لأن البائع سلطه على ذلك وذكره في الأئمة الخلق في بكر الوطء ولا يحرم فأن ذكره في شرح الطحاوي يحمل على عدم  
الطبيب ولئن سلمنا طوطها لما لا يستباح بصريح التسليط قبل لانه أولى وجواز التصرف باعتبار أصل الملك وهو يتفك عن صفة الحل وإذا  
كان البيع نافذا سقط حق ارتداد البائع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني بالبيع الثاني ونقض البيع الاول لحق الشرع وإذا اجتمع  
حق الشرع وحق العبد يقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث لان التصرف ان كان اجارة أو تزويجا لم يسقط حق استرداده  
وكذا اذا مات المشتري وورث وارثه المشتري وان تعلق بذلك حق العبد فكان ذلك تحكما وأجيب عن الاول بأن الاجارة عقد ضعيف  
يفسخ بالاعذار وفساد الشراء عذر في فسخها كما يأتي ولم يذكر محمد من يفسخها وذكر في التوارد ان القاضي يفسخها والتزويج يشبه  
الاجارة لوروده على المنفعة والبيع (٣٣٣) يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على

قال (فان باعه المشتري نفذ بيعه) لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد  
بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع بأصله دون ووصفه  
والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع  
قوي ينبغي ان لا يكون لاحد ولاية الفسخ وان كان له منفعة الشرط فأجاب بأن القياس ذلك الا أنه لما لم  
تتحقق المراضاة في حقه كان له الفسخ (قوله فان باعه) أي باع المشتري ما اشتراه فسادا بيعا  
صحيحا (نفذ بيعه لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق) البائع الاول في (الاسترداد لتعلق حق  
العبد) بالعقد (الثاني ونقض الاول) ما كان الا (لحق الشرع وحق العبد) عنده مراضة حق الله تعالى  
(يقدم) باذن الله لاختصاصه بهاته وتعالى وسعة عفوه وجوده ووقر العبد وضيقه ولا ينقض بالصيد اذا حرم  
ملكه وهو في يده حيث يقدم حق الشرع على العبد لانا نقول الواجب عليه اطلاقه لا اخلاله عن ملكه  
فيطلقه بحيث لا يضيع عليه وهذا جمع بين الحقين ولا ينقض باسترداد وارث البائع اذا مات البائع من  
المشتري مع انه تعاقب به حق العبد وهو الوارث لان الحق المتعلق للوارث هو نفس الحق الذي كان للمشتري  
وكان مشغولا بحق البائع في رد فنتقل اليه كذلك أما الموصى له بالمبيع فملك المشتري الثاني فليس لورثته  
البائع استرداده منه لان له ملكا مستجدا بسبب اختياري لا بتصرف من المشتري ولو قيل للمشتري الثاني  
أيضا انما ينتقل اليه المبيع مشغولا بذلك الحق لان ذلك كان فيه للبائع الاول وليس في قدرته أن يبطل  
حقه فلا يصل ما باعه الى المشتري الا مشغولا بذلك احتياجا الى الجواب (و) أيضا (الاول مشروع  
بأصله لا ووصفه والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه) لزيادة قوته (ولانه) أي البيع الثاني  
(حصل بتسليط من جهة البائع) أي البائع الاول لان التملك منه مع الاذن في القبض تسليط على

الرقبة والنكاح على حاله  
قام وعن الثاني بأن ملك  
الوارث في حكم عين ما كان  
للمورث ولهذا يرد بالعيب  
ويرد عليه وذلك الملك كان  
مستحقا للنقض فانتقل الى  
الوارث كذلك حق لومات  
البائع كان لوارثه أن يسترد  
المبيع من المشتري بحكم  
الفساد وهذا بخلاف ما اذا  
أوصى المشتري بالمشتري  
اشخص ثم مات حيث لم يبق  
للبائع حق الاسترداد من  
الموصى له لان الموصى له بمنزلة  
المشتري الثاني في ثبوت  
ملك مستجدا له سبب اختياري  
ليس في حكم عين ما كان  
للموصى ولهذا لا يرد بالعيب

فان قيل قولهم اذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض بما اذا كان في يد حلال صيد ثم أحرم فله يجب  
عليه ارساله وفيه تقديم حق الشرع أجيب بأن الواجب فيه الجمع بين الحقين لا مكانه بالارسال في موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح  
فانه انما يصار اليه اذا امتنع الجمع (قوله ولان الاول) دليل آخر على سقوط حق استرداد البائع ووجهه ان البيع الاول مشروع بأصله  
دون وصفه لما تقدم من معرفة ماهية الفاسد عندنا والبيع الثاني مشروع بأصله ووصفه اذا خلل فيه لا في ركنه ولا في عوارضه فلا  
يعارضه مجرد الوصف وحاصله ان الفاسد لا يعارض الصحيح (قوله ولانه حصل بتسليط من جهة البائع) دليل آخر على ذلك ومعناه  
ان البيع الثاني حصل بتسليط البائع الاول حيث كان القبض بانقضاء استرداده ونقض ما تم من جهته وذلك باطل ونقض باسترداده قبل  
وجود البيع الثاني فانه نقض ما تم من جهته والجواب اننا لانسلم التمام فيه فان كلامنا من المتعاقدين يملك الفسخ فأن التمام فاذا باع المشتري  
فقد انتهى ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمنهي مقرر واذا تقرر فقد تم ولم يكن ذلك الامنة ابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته

(قوله كذا في الذخيرة والايضاح والكافي) أقول وهو ظاهر كلام القدوري أيضا ولا يخفى عليك ما في دليله ما من القوة (قوله وكل من  
ملك بالقبض) أقول ليس في تقييده بقوله بالقبض كثير فائدة (قوله وجواز التصرف الخ) أقول لعل المراد من جواز التصرف هو  
أن يترتب عليه الاثر كثبوت النسب



(قوله بخلاف تصرف المشتري) جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعا عن نقض التصرف لم يستثن تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرهاتعلق حقه بها لكن الشفيع أن ينفذها وتوجيه الجواب ما قال ان كل واحد من حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نقض أحدهما لا آخره دليل يقتضيه وحاصله أن تعلق حق الغير انما يمنع النقص اذا كان في مقابلته ما هو مرجوح عنده وأما اذا كان ما عور راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لانه عند صحة الاخذ تتحول الشفعة اليه فتبقى تصرفات المشتري بلا سند فينقض ولانه ما حصل التسليم من جهة الشفيع ليكون نقضه نقضا لما تم من جهته وهذا لان التسليم انما يثبت بالاذن أو بإثبات المالك المطلق للتصرف ولم يوجد (٢٣٣) من الشفيع شيء من ذلك قال (ومن اشترى عبدًا بخمر أو خنزير

بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليم من الشفيع قال (ومن اشترى عبدًا بخمر أو خنزير فقبضه وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة) لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطاع الاسترداد على ماهر والكتابة والرهن نظير البيع لانهم مالا زمان الا انه يعود حق الاسترداد بحجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع

التصرف فلا يتمكن من الاسترداد من المشتري الثاني والا كان ساعيا في نقض ما تم به ويؤدي الى المناقضة قبل عليه فعدم تمكنه من الاسترداد في بيع نفسه حينئذ أولى والجواب انه قبل بيع المشتري وتصرفه لم يكن باسترداده ساعيا في نقض ما تم به لان الكائن من جهته تسليط على البيع وعنايته بأن يفعل المسلط وهذا التسليم نفسه معصية فجعل له رجة عليه أن يتدارك بالتوبة وذلك يكون قبل الثبوت بفعل المسلط فاذا لم يتدارك حتى فعل وتعلق به حق العبد فقد قوت على نفسه المسكنة بتقصيره وحقيقته اطال أن حق كل من البائع والمشتري ليس الا لتدارك رفع المعصية بالتوبة ومتى أخر حتى تعلق حق عبد من المشتري والموهوب له والموصى له فقد قوته أما الوارث فانه مأمور بخلاص ميمته من المعصية ما أمكن فشرع له ذلك الحق لذلك وهذا بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة) بالبيع والهبة فانه لا يمنع حق الشفيع وله أن ينقض هذه التصرفات ويأخذها بالشفعة وان تعلق بها حق الغير لان حق الشفيع وحق البائع حق العبد فيعارضه ويرجح الشفيع لانه أسبق ولانه لم يوجد من الشفيع تسليط على الشراء كما في البائع وأورد فينبغي أن يكون حق المشتري أحق من حق الشفيع لانه ثان فيكون ناسخا لجيب بأنه انما ينسخ اذا كان مثله في القوة والسبق من أسباب الترجيح فتترجح الشفعة (قوله ومن اشترى عبدًا بخمر) المراد اشترى عبدًا شرا فاسدا بخمر أو غيره (فاعتقه أو باعه أو وهبه) وسلمه (فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته) فيه (و) انما وجبت القيمة لانه (بالاعتاق قد هلك) فوقع الاياس عن الاسترداد (فتعينت القيمة وبالبيع والهبة انقطع حق الاسترداد على ماهر) في المسئلة قبلها من أنه تعلق به حق العبد أعني المشتري الثاني والاسترداد لحق الشرع وحق العبد مقدم فقد قوت المسكنة بتأخير التوبة (والكتابة والرهن) بعد قبضه (نظير البيع) يعني اذا كاتب العبد المبيع بعبا فاسدا أو رهنه فهو نظير البيع (لانهم الا زمان) لحق العبد فينقطع حق الاسترداد فتلزمه القيمة (الا أنه يعود بحجز المكاتب وفك الرهن) ولا فائدة في تخصيصهما بذلك بل يعود حق الاسترداد في البيع والهبة اذا انتقضت هذه التصرفات كالرهن بالبيع والرجوع

اشترى عبدًا بخمر أو خنزير فقبضه الخ) ومن اشترى عبدًا بخمر أو خنزير فقبضه باذن البائع وأعتقه أو باعه بعبا صح وأعاد لفظ البيع كراهة أن يغير لفظ محمد رحمه الله لو تركه (أو وهبه وسلمه فهو) أي ما فعل من هذه التصرفات جائز وعليه القيمة) أما جواز دفعه (لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض) والمالك مطلق التصرف فينفذ وأما وجوب القيمة فلما تقدم انه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وبالاعتاق قد هلك (فصار كغصب هلك وفيه القيمة وبالهبة) والتسليم (والبيع انقطع حق الاسترداد على ماهر) أنفام قوله لتعلق حق العبد بالثاني (والكتابة والرهن) نظير البيع لانهم الا زمان) فان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كالكتابة في حق المولى (الا ان حق الاسترداد يعود بحجز المكاتب وفك الرهن لزوال

(٣٠ - فتح القدير خامس) المانع وهو تعلق حق العبد قبل وليس لتخصيصه ما في عود الاسترداد فائدة رائدة فانه ثابت في جميع الصور اذا انقضت التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة أو رجع الواهب في هبته عاد البائع ولاية الاسترداد لعود نديم ملكه اليه ثم يعود حق الاسترداد في جميع الصور انما يكون اذا لم يقض على المشتري بالقيمة وأما اذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا قضى على الغائب بقيمة المغصوب الا أتى ثم عاد

(قوله لانه عند صحة الاخذ الخ) أقول الكلام في صحة الاخذ بعد ما تعلق بالدار حق الغير والاظهر أن يعال الرجحان بسبق حق الشفيع كما سأل في كتاب الشفعة (قوله على ماهر أنفام قوله لتعلق حق العبد) أقول والاولى أن يجعل قوله على ماهر إشارة الى الأدلة الثلاثة التي ذكرها المصنف آنفا

(فسره وهذا) أي انقطاع الاسترداد بالنصر فان المذكورة (بجمل الاف الاجارة) فان حق الاسترداد فيه لا ينقطع لما ذكرنا  
 (انهم انفسح بالاعذار ورفع الفساد) (٣٣٤) من أقوى الاعذار ولا نهان عقد شيئا فسيكون الراد امتناعا

ولعل في الجوابين اشارة  
 الى المذهبين فيها قال  
 (وليس للبائع في البيع  
 الفاسد أن يأخذ المبيع  
 حتى يرد الثمن) قال في  
 النهاية أي القيمة التي أخذها  
 من المشتري وليس بواضح  
 بل المراد به ما أخذه البائع  
 في مقابلة المبيع عرضا كان  
 أو نقدا ثمنا كان أو قيمة  
 وهذا الحكم ثابت في الاجارة  
 الفاسدة أيضا وغيرها (فيصير  
 المبيع محبوسا بالمقبوض)  
 فكان له ولاية أن لا يدفع  
 المبيع الى أن يأخذ الثمن  
 من البائع كافي الرهن  
 لكنه يفارقه من وجه آخر  
 وهو ان الرهن مضمون  
 بقدر الدين لا غير وها هنا  
 المبيع مضمون بجميع قيمته  
 كافي الغصب (وان مات  
 البائع فالمشتري أحق به  
 حتى يستوفي الثمن لانه يقدم  
 عليه حال حياته) لما تقدم  
 من ان للمشتري حق منع  
 البائع من المبيع الى أن  
 يأخذ ما أذى اليه وكل  
 من يقدم عليه حال حياته  
 يقدم على غرمائه وورثته  
 بعد وفاته كالمترهن فان  
 الراهن اذا مات وله ورثة  
 وغرماء فالمترهن أحق  
 بالرهن من الورثة والغرماء  
 حتى يستوفي الدين

وهذا بخلاف الاجارة لانهم انفسح بالاعذار ورفع الفساد عذر ولا نهان عقد شيئا فسيكون الراد  
 امتناعا قال (وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) لان المبيع مقابل به فيصير  
 محبوسا به كرهن (وان مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن) لانه يقدم عليه في حياته فكذا  
 على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالمترهن  
 في الهبة ولو بغير قضاء لانه عاد الى قديم ملكه ثم حق الاسترداد انما يعود اذا لم يقض بالقيمة على المشتري  
 فان قضى به عليه ثم عاد الى ملكه ليس للبائع أن يسترده لتحول حقه من العين الى القيمة كالعبد المغصوب  
 اذا أبق فقطى على الغاصب بقيمته ثم رجع ليس له ملكه أخذها منا وقوله (وهذا بخلاف الاجارة)  
 فانه اذا أجر المشتري شراء فاسدا لا ينقطع به حق الاسترداد (لان الاجارة تنفسح بالاعذار ورفع الفساد  
 عذر ولان الاجارة تنفسح شيئا فسيكون) الاسترداد بالاضافة الى المنافع التي لم تحدث (امتناعا)  
 عن العقد عليها والنسكاح كالاجارة لانه عقد على منة فاذا زوج المشتري الجارية المشتراة شراء فاسدا  
 كان للبائع أن يستردها لان حق الزوج في المنفعة لا يمنع حق البائع في الرقبة ولا لانه لا يفوته ملك المنفعة  
 فان مع الاسترداد النسكاح قائم كالزوجها البائع نعم تصير بحيث له منعها وعدم تبوئها معه يتغير  
 أنه اذا ظفر به اله وطؤها ولو قطعت يد العبد المشتري شراء فاسدا وأخذ المشتري الارش أو ولدت  
 الجارية وأخذ مو جب ذلك للبائع الفسخ ويرد الزيادة عليه ولو قطع الثوب وخاطه أو بطنه وحشاه  
 انقطع الاسترداد كافي الغصب ولو صبغه فعن محمد رجه الله بخير البائع بين أخذه وإعطاء ما زاد الصبغ فيه  
 وتركه وتضمن قيمته كالغصب والحاصل أن كل تصرف لو فعله الغاصب انقطع به حق المالك اذا فعله  
 المشتري انقطع به حق الاسترداد للبائع وذ كر الكرخي أن الصبغ بالصفرقة يمنع الاسترداد وعن محمد أنه  
 كالغصب ولا يمنع الاسترداد بموت المشتري فيسترد البائع من الوارث ولا بموت البائع فيسترد وارثه من  
 المشتري وزيادة المشتري شراء فاسدا لا تمنع الاسترداد الا اذا كانت بفعل المشتري كالخطاطبة والصبغ  
 ونقصانه بفعل المشتري أو بفعله في نفسه أو بأفعه سماوية لا يمنع فيسترده البائع مع أرض النقصان وليس  
 له أن يتركه عليه ويضمنه تمام القيمة وان كان بفعل أجنبي فله أن يأخذ الارش من المشتري وان شاء أخذه  
 من الجاني وفي قتل الأجنبي ليس له تضمين الجاني ولو وطئ المشتري الجارية لا يمنع الرثمة ولا الاسترداد  
 من البائع ولو ردا واسترد لزمه العقر للبائع أما ان تلفها ضمن قيمتها (قوله وليس للبائع في البيع  
 الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) قيل يعني القيمة التي أخذها من المشتري وليس بالارز بل قد يكون  
 ذلك أو الثمن الذي تراضى عليه كيف كان ليس له أخذه حتى يرد ما أخذه (لان المبيع مقابل به فيصير  
 محبوسا به كالمترهن) وعلى هذا الاجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتبارا بالاعتقاد  
 الجائز اذا انقضاء فلا مستأجر أن يحبس ما استأجره حتى يأخذ الاجرة التي دفعها للثو جرو كذا المترهن  
 حتى يقبض الدين لان هذه عقود معاوضة فتجب التسوية بين البدلين (ولومات البائع) بيعا فاسدا  
 أو المؤجر اجارة فاسدة أو الراهن أو المقرض كذلك فالذي في يده المبيع أو الرهن أحق بثمنه من غرماء  
 الميت (لانه مقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته) الا أن الرهن مضمون  
 بقدر الدين والمشتري بقدر ما أعطى ففاضل للغرماء بخلاف ما اذا مات المحيل وعليه دين ولم يقض  
 المحال الدين أو الوديعة من المحال عليه فانه لا يختص المحال بدين الحوالة أو الوديعة مع أن دين المحيل  
 صار مشغولا بحق المحال كما في الرهن لان الاختصاص انما يوجب ثبوت الحق مع اليد لا بمجرد الحق

ولا  
 (قوله بل المراد به ما أخذه البائع في مقابلة المبيع عرضا كان أو نقدا ثمنا كان أو قيمة) أقول فيه بحث

(ثم إن كانت دراهم الثمن فائمة يأخذها بعينها لانها فيه) تتعين (بالتعين على رواية أبي سليمان (وهو الاصح) وعلى رواية أبي حفص لا تتعين والقبض الفاسد وهو بيع دراهم بدراهم الى أجل في تعيين المقبوض للرد على الروايتين وجه رواية أبي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه رواية أبي سليمان ما ذكره المصنف أن الثمن في يد البائع بمنزلة المقبوض في كونهما مقبوضين لأعلى وجه مشروع وقيل في حكم النقض والاسترداد والدراهم المغصوبة تتعين للرد يجب رد عينها اذا كانت فائمة (وان كانت مستهلكة أخذ مثلها المايينا) أنه بمنزلة المقبوض والحكم فيه كذلك وذكروا في الفوائد الظهيرية أن المبيع يباع لحق المشتري فان فضل شيء يصرف الى الغرماء كما يبيع الرعن بالدين قال (ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند أبي حنيفة (٢٣٥) وقال أبو يوسف ومحمد ينقض البناء وترد

(الدار) وكذا اذا اشترى أرضا وغرس فيها وذكروا في الايضاح أن قول أبي يوسف هذا هو قوله الأول وقوله آخرامع أي حنيفة (له أن حق الشفعة أضعف من حق البائع لانه يحتاج فيه الى القضاء أو الرضا) ويطلب بالتأخير) ولا يورث (بخلاف حق البائع) فانه لا يحتاج الى ذلك وقد تقدم أن البائع يباع فاسدا اذا مات كان لورثته الاسترداد والاضعف اذا لم يبطل شيء فالأقوى لا يبطل به وهو يدعيه وحق الشفعة لا يبطل بالبناء والغرس حق البائع كذلك (ولأبي حنيفة أن البناء والغرس حصل للمشتري بتسليط من جهة البائع) وكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد كالمبيع الحاصل من المشتري (بخلاف الشفعة اذا التسليط لم يوجد منه) ولهذا لو وهب المشتري يبطل حق الشفعة وكذا

ثم إن كانت دراهم الثمن فائمة يأخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة أخذ مثلها المايينا قال (ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها) عند أبي حنيفة رحمه الله ورواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية (وقال لا ينقض البناء وترد الدار) والغرس على هذا الاختلاف لهما أن حق الشفعة أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فأقواهما أولى وله أن البناء والغرس مما يقصده الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالمبيع بخلاف حق الشفعة لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهمة المشتري وبعده فكذا بيناه

ولا يلد للحتال (ثم إن كانت دراهم الثمن) التي دفعها (فائمة يأخذها) المشتري (بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح) خلافا لما ذكر أبو حفص أنه لا تتعين كافي البيع الصحيح وهو رواية كتاب الصرف ورواية أبي سليمان تتعين وهو الاصح لكن سيأتي ما يقوى رواية أبي حفص (لان البيع الفاسد بمنزلة الغصب) والثمن في يد البائع بمنزلة المقبوض (وان كانت مستهلكة) قال المصنف رحمه الله تعالى (له أخذ مثلها) وكذا ذكر قاضيان وذكروا في الفوائد الظهيرية ونحو الاسلام وجماعة من شروحا الجامع الصغير أنه يباع المبيع لحق المشتري فان فضل شيء عمد فعه يصرف الى الغرماء ولا شك أنه غير لازم لان الواجب له بعد الاستهلاك مثل حقه المستهلك وهو الدراهم (قوله) ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري أو غرس فيها استجارا (فعليه قيمتها) وانقطع حق البائع في استردادها بالبناء والغرس (وقال أبو يوسف ومحمد ينقض البناء) ويقال الغرس (وتسترد الدار لهما أن حق الشفعة) في الدار التي يستحق فيها الشفعة (أضعف من حق البائع) يباع فاسدا في الاسترداد بدليل أنه (يحتاج) في ثبوت الملاك في الدار (الى القضاء ويبطل بالتأخير) بعد العلم ولا يورث وحق هذا البائع في الاسترداد لا يتوقف على قضاء ولا يبطل بالتأخير ويثبت لورثته (والاتفاق على أن حق الشفعة الاضعف لا يبطل بالبناء) والغرس (فأقواهما) وهو حق البائع (أولى) أن لا يبطل بهما فثبت بدلالة ثبوته (ولأبي حنيفة أن البناء والغرس مما يقصده الدوام وقد حصل بتسليط البائع فينقطع) به (حق الاسترداد كالمبيع) والهبة (بخلاف حق الشفعة فانه) وان كان أضعف (لم يوجد) ما يبطله وهو تسليطه على الفعل أعني البناء فيعمل بمقتضاه وهو النقض والقلع (ولهذا لا يبطل بالمبيع والهبة) أيضا بل يأخذها من يد المشتري الثاني بالشفعة لان البيع ليس بتسليط منه وهذه المسئلة من المسائل التي أنكر فيها أبو يوسف الرواية لمحمد على الوجه المذكور في

لوباها من آخر فانه يأخذ بالشفعة بالمبيع الثاني بالثمن أو بالأول بالقيمة وان كان لا شفعة في البيع الفاسد لان حق البائع قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفعة لعدم التسليط منه أقوى من حق البائع لوجوده منه وهذا التقرير ينبعث أن قوله مما يقصده الدوام لا مدخل له في الجئة قيل وانما أدخل فيها الإشارة الى الاحتراز عن الاجارة فان البناء والغرس بالاجارة لا يقصده الدوام ولهذا ذكره لان يلحقه بالمبيع في كونه منه ما يقرر لانه لما قصده الدوام أشبه البيع فكان منها الملاك فينقطع به حق الاسترداد كالمبيع واذا ثبت هذا كان للشفعة أن يأخذ بالشفعة لانه لا ينقطع حق البائع في الاسترداد بالبناء لصيرورته حينئذ بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفعة ببناء المشتري واعترض بأنه اذا وجب نقض البناء لحق الشفعة وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بالطريق الأولى

(قوله والقبض الفاسد الى قوله على الروايتين) أقول قوله والقرض مبتدأ وقوله على الروايتين خبره

قال (ومن اشترى جارية ببيع فاسد او ثيابا) اعلم ان الاموال على نوعين نوع لا يتعين في الفساد كما دراهم والدينار ونوع يتعين  
كالحلقة ما وان ثبت ايضا على نوعين ثبت لفساد الملك وخبت لعدم الملك فاما الاول (٧٣٧) فانه يؤثر فيما يتعين دون ما لا يتعين والثاني

قال (ومن اشترى جارية ببيع فاسد او ثيابا بغيرها) وفيها تصدق بالربح وبطيب البائع ما ربح في  
الثلث) والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلى العقد بها فيمكن التثبت في الربح والدرهم والدينار  
لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن التثبت فلا يجب التصديق

الفتح عندنا وقولكم لا يلزم ذلك محل النزاع فأقل الامر ان يعلم الخلاف ويجوز ان يكلف النقض ففعله  
مع ذلك دليل قسده عدم البقاء الامدة وما تميل بعضهم له بان اصله بحق العبد فصار كما يبيع فبعيد  
عن الصواب لأن ذلك فيما اذا كان العبد عبدا آخر اشتراه من اشتراه فاسدا او قبل الهبة فيه بطريق  
صحيح وما نحن فيه ننس العاقبة الجاني بعقده هو الذي لا يستحق مجنياته وفعله المقر لعصيته أن  
يذبح حق القاصد لتوبة وهو في الحقيقة حق الله تعالى بخلاف ما اذا اتصل به حق من لاجنابة منه فانه  
حل ولا اذن في تقديم حقه (قوله ومن اشترى جارية ببيع فاسد او ثيابا بغيرها) المشتري (وربح  
فيها تصدق بالربح وبطيب لبائعه ما ربح في الثمن) الذي قبضه من المشتري اذا عمل ورجع والاصل  
في هذا ان المال نوعان نوع لا يتعين في عقود المعاوضات كالدرهم والدينار ونوع يتعين وغرماسواهما  
والثابت نوعان خبت في البذل لعدم الملك في المبدل وخبت لفساد الملك فالخبت لعدم الملك يعمل في  
النوعين حتى ان الغاصب او المودع اذا تصرف في المغمصوب والوديعة وهما عرض أو نقد وديار ضمانهما  
وقض الربح وجب التصديق به عند أبي حنيفة ومحمد لانه بدل مال الغير فيما يتعين فيثبت فيه حقيقة الخبت  
وفيما لا يتعين ان لم يكن ما اشتراه به بدل مال الغير لان العقد لا يتعلق به بل بجنسه في الذمة لكنه انما توسل  
الى الربح بالمغمصوب او الوديعة فيمكن فيه شبهة الربح بحال الغير من حيث له يتعلق به سلامة المبيع ان  
نفذ الدراهم المغمصوبة او تقدير الثمن ان اشار الى الدراهم المغمصوبة ونفد من غيرها في تصديق بدلان الشبهة  
معتبرة كالحقيقة في أبواب الربا والخبت لفساد الملك دون الخبت لعدم الملك فيوجب شبهة الخبت فيما  
يوجب فيه عدم الملك حقيقة الخبت وهو ما يتعين كالجارية في مسئلتنا ويتعدى الى بدلها  
وشبهة الشبهة فيما يوجب فيه عدم الملك الشبهة وهو ما لا يتعين وشبهة الشبهة غير معتبرة  
لأن اعتبار الشبهة خلاف الاصل بالنص وهو نفيها عن الربا والريسة فلا يتعدى والاعتبار  
مادونها كسبهة شبهة الشبهة وهلم فينسب باب التجارة وهو مفتوح فلذا قال بتصديق المشتري  
بالربح فيها وبطيب البائع ما ربح في الثمن ولا شك أن هذا انما هو على الرواية القائلة انه لا تتعين النقود في  
المبيع الفاسد أما على الرواية القائلة تتعين في حكم الربح في النوعين كان غصب لا يطيب وقد ذكر المصنف  
أن رواية التبعين في المبيع الفاسد هو الاصح فيثبت الاصح وجوب التصديق على البائع ايضا بما ربح في  
الثمن غير أن هذه المسئلة بهذا التفصيل في طيب الربح صريح الرواية في الجامع فان فيه مجمد عن يعقوب  
عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية ببيع فاسد بألف وتقابض اور ربح كل واحد منهما ما فيها  
قبض قال بتصديق الذي قبض الجارية بالربح وبطيب الربح للذي قبض الدراهم وحينئذ فالأصح أن  
الدراهم لا تتعين في المبيع الفاسد كما قال وقول المصنف (لا تتعين في العقود) أي عقود البياعات  
بخلاف ما سواها من الشركة والوديعة والنصب وقول بعضهم احتراز به عن الوديعة والغصب والشركة  
انما يصح لو كان لفظ البياعات او المعاوضات مذكورا للمصنف وليس كذلك وهذا التفصيل قول أبي  
حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف بطيب له الربح مطلقا لأن عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد وعند  
زفر والشافعي لا يطيب في الكل لأن الدراهم والدينار يتعين حتى لو اشترى بذه الدراهم فهل كت بطل  
المبيع عندهما كافي المبيع المتعين وعندنا لا يبطل وليس له أن يحبسها ويعطى مثلها عندهما

يؤثر فيه ما جيعا واذا ظهر  
هذا فن اشترى جارية ببيع  
فاسد او ثيابا بغيرها ورجع  
فيها تصدق بالربح وان  
اشترى البائع بالثلث شيئا  
وربح فيه طاب له الربح لان  
الجارية مما يتعين بالتعين  
فيعلق العقد بها ويؤثر  
الخبت في الربح والدرهم  
والدينار لا يتعينان فلم يتعلق  
العقد الشئ بعينها لم يؤثر  
الخبت فيه لانه لفساد الملك  
لعدمه ومعنى عدم التعين  
فيها انه لو اشار اليها وقال  
اشتريت منك هذا العبد  
بمئذ الدراهم كان له أن  
يتركه او يدفع الى البائع  
غيرها لما ان الثمن يجب في  
ذمة المشتري لا يتعلق بعين  
ذلك الدراهم المشار اليها في  
البياعات وهذا انما يستقيم  
على الرواية الصحيحة وهي  
انها لا تتعين لأعلى الاصح  
وهي التي تقدمت انما تتعين  
في المبيع الفاسد لانها بمنزلة  
المغمصوب ومن غصب جارية  
وباعها بعد ضمان قيمتها  
فربح فيها أو غصب دراهم  
وأدى ضمانها واشترى بها  
شيئا وباعه ورجع فيه تصدق  
بالربح في الفصلين عند أبي  
حنيفة ومحمد

(قوله وهذا انما يستقيم  
على الرواية الصحيحة وهي

انها لا تتعين الخ) أقول فيه بحث فان عدم التعين سواء كان في المغمصوب أو في المبيع الفاسد انما هو في العقد الثاني ولا يضر تعيينه  
في الاول لقوله انما يستقيم الخ فيه ما فيه (قوله لأعلى الاصح وهي التي تقدمت الخ) أقول يعني تقدم ذكرها بورقة تخميننا بقوله ثم  
اذا كانت دراهم الثمن فائتة اخذها بعينها لانها فيه تتعين بالتعين على رواية أبي سليمان وهو الاصح

لأن الخبث لما كان لعدم الملك أثر فيما يتبعين وفيما لا يتبعين وقال أبو يوسف بطيب له الربح لأن شرط الطيب الضمان والغرض وجوده وإيمان العقد يتعلق بما يتبعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال (وفيما لا يتبعين شبهة من حيث سلامة المبيع أو تقدير الثمن) وبأنه إذا اشترى به فلا يختار أمان أشار إليها ونقد منها وأشار إليها ونقد من غير خاف أن كان الأول فقد تعلق بسلامة المبيع لأنه هو الواقع غنا وإن كان الثاني فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن والربح في الأول حصل بملك الغير من كل وجه وفي الثاني توسل المبيع بالغير لأن بيان جنس الثمن وقدره وصفه أمر لا بد منه لجواز العقد وذلك حصل بملك الغير فيجب التصديق بالربح في الحقيقة والشبهة جميعا وإذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهي التي تكون فيما يتبعين إلى شبهة لأن حصول الربح لم يكن بما هو ملك الغير من كل وجه بل بما له فيه شائبة ملك تنزل وشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتبعين إلى شبهة الشبهة لأن تعلق بسلامة المبيع أو تقدير الثمن اللذين كانتا شبهة خبث خصوصاً بما يعمل الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل بما له فيه شائبة ملك والشبهة هي المعبرة لا النازل عنها قيل بالحديث وهو ما روى أن النبي صلى (٢٣٨) الله عليه وسلم نهى عن الربا بالريبة والريبة هي الشبهة وهو دليل على أن الشبهة

معتبرة وأما أن شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لا غير وأما إذا كان شبهة الشبهة أيضا داخل في الريبة فقد ثبت بخلاف المدعى والمعنى في ذلك أن شبهة الشبهة لو اعتبرت لا تعتبر مادونها أيضا دفعا للحكم لكن لا يصح اعتباره لئلا ينسد باب التجارة إذ قلما ينزل عن شبهة شبهة الشبهة فسادا ونها قال (وكذلك إذا ادعى الخ) رجل قال لا تخرى عليك ألف درهم فاقضها فاقضها ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعى وربح طاب له الربح ولا يجب التصديق به لأن الخبث فيه

وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك أما الخبث لعدم الملك فخذ أي حنيقة ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتبعين حقيقة وفيما لا يتبعين شبهة من حيث إنه يتعلق بسلامة المبيع أو تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة والشبهة هي المعبرة دون النازل عنها قال (وكذلك إذا ادعى على آخر ما لا فضاء إياه ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقدر ربح المدعى في الدراهم بطيب له الربح) لأن الخبث لفساد الملك ههنا لأن الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق بمالوك فلا يعمل فيما لا يتبعين

(قوله وكذلك الخ) قال في الجامع الصغير وكذلك لو ادعى على آخر ما لا فضاء ثم تصادقا أنه لم يكن له عليه شيء وقدر ربح المدعى في الدراهم التي قبضها على أنها دينه (يطيب له الربح لأن الخبث لفساد الملك ههنا لأن الدين وجب بالتسمية) أي بالقرار عند دعواه المال (ثم استحق بالتصادق) فكان المقهور بدل المستحق وهو الدين (وبدل المستحق بمالوك) أي ملكا فسادا سواء كان عيناً أو ديناً أما عيناً فبديل لأن من اشترى عبداً بجارية أو ثوب ثم اعتق العبد واستحق الجارية يصح عتق العبد فالويل يمكن بدل المستحق بمالوك كالمصح العتق إذ اعتق في غير الملك والعبد بدل الجارية المستحقة وإذا ملكك فسادا فيما لا يتبعين لا يعمل فيه خبثا فطاب له الربح وفي الجامع الكبير لقاضي خان بدل المستحق بمالوك بدليل ما لو حلف لا يفارقه حتى يستوفي حقه فباعه المديون عبد الغيرة بذلك الدين وقبضه ثم استحق العبد لا يحنث لأن المديون ملك ما في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفيا حقه فلم يحنث وبيان فساد الملك في بدل المستحق أنه إذا استحق المبدل يجب رده ولا يبطل البيع فتمكن فيه شبهة عدم الملك ولو حصل الربح في دراهم غير مالوك تملك فيه شبهة الخبث فإذا حصل من دراهم فيه شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا تعتبر واعلم أن ملكك باعتبار زعمه أنه قبض الدراهم بدلا عما يزعم أنه ملكه أما لو كان في أصل دعواه الدين متعمدا للكذب فدفع إليه لا عليك أصلا لأنه متيقن أنه لا ملك له فيه والله أعلم

لفساد الملك لأن الدين ثبت بالتسمية بدعوى المدعى وأداء المدعى عليه ومالك ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادفا (فصل) لملكه لكن لما تصادقا أنه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البديل عن الملك لأن بدل المستحق بمالوك به إذا كان عيناً يتبعين كما إذا اشترى عبداً بجارية وأعتقه فاستحق الجارية فإن العتق نافذ ولو لم يكن بدل المستحق بمالوك كالماتقذ لا متناعه في غير الملك بالنص فإذا كان لا يتبعين أولى لكنه يفسد الملك إذا الاستحقاق قصد في مقابلة له فيه فالويل كان باطلا وخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتبعين (قوله لأن الخبث لما كان لعدم الملك الخ) أقول كتب في هامش هذا البحث ما هو صورته وقد استشهد بكل قوله بعد ضمان قيمته بأن الكلام في الخبث لعدم الملك وإن أدى الضمان فقد ملك على أصله ثم إذا ربح بعد ذلك لم يكن الخبث لعدم الملك والجواب أن التقدير ليس من أسباب الملك وإنما يثبت الملك مستندا بالضمان وفي المستند شبهة عدم وشبهة عدم ملهقة بحقيقة عدم فيما ينبغي على الشبهات والصدقة تبسني عليها فكان الحكم فيه حكم عدم الملك بالنسبة إلى الربح فالملك بعد الضمان يفيد طيب الغصوب لا طيب الربح الحاصل منه لأنه بالنسبة إليه كعدمه ونحن نقول فعلى هذا يكون في ربح الغصوب المضمون شبهة الخبث وفي ربح الدرهم الغصوب المضمون شبهة الشبهة إذ على مقتضى تقريره يكون فيها شبهة الملك ولا ينفعه المبالغة التي ادعاه في الكلام حيث لا يخرج به إلى الحقيقة فليست أمثل



فصل فيما يكره **قيل** المكروه أدنى درجة من الفاسد ولكن هو شعبة من شعبة فلذلك الحق به وآخر عنه ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في أصول الفقه أن القبح إذا كان لا مراً مجاوراً كان مكروهاً وإذا كان بوصف (٣٣٩) متصل كان فاسداً وقد قررناه

في التقرير (وهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش) بفتحين (وهو أن يزيد الرجل في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره) ويجرى في النكاح وغيره حيث قال عليه الصلاة والسلام (لا تتاجشوا) أي لا تفعلوا ذلك وسبب ذلك إيقاع رجل فيه بائناً من الثمن وهو خداع والخداع قبيح جاور هذا البيع فكان مكروهاً وهاو ظهر من هذا أن الراغب في السلعة إذا طلبها من صاحبها بأنقص من ثمنها فزاد شخص لا يريد الشراء إلى ما بلغ تمام قيمته إلا يكون مكروهاً لا تنفء الخداع (وهي عن السوم على سوم غيره قال عليه الصلاة والسلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه) وهو نفى في معنى النهي فيفيد المشروعية وصورته أن يتسوام الرجلان على السلعة والبائع والمشتري رضياً بذلك ولم يقدع عقد البيع حتى تدخل آخر على سومه فإنه يجوز لكنه يكره لاشتماله على الإيحاء والاضرار وهما قبيحان يتمكنان عن البيع فكان مكروهاً إذا جئنا البائع إلى البيع بما طلب به الأول من

فصل فيما يكره **قال** (وهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش) وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره وقال لا تتاجشوا **قال** (وعن السوم على سوم غيره) قال عليه الصلاة والسلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ولأن في ذلك إيحاءاً وضرراً وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة فالألم بركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما ذكره وما ذكرناه يحمل النهي في النكاح أيضاً **قال** (وعن تلقى الجلب) وهذا إذا كان يضر بأهل البلد لما كان دون الفساد آخره عنه وليس المراد بكونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم فساد العقد والافهذه الكراهات كلها تحريمية لا تعلم خلافاً في الأثم ومقتضى النظر عندى أن يكون على أصولنا الشراء على سوم الآخر بشرطه والحاضر للبادي في القحط والاضرار فاسداً وتلقى الجلب إذا لبس باطلاً أو ثبت له الخيار وهذا لأن النهي مطلقه للتحريم الإلصاق وهذه المعاني المذكورة سبباً للنهي تؤكده المنع لا تصرفه عنه فإن في اعتراض الرجل على سوم الآخر بعد الركون وطيب نفس البائع بالمسمى إثارة للعداوة والبغضاء كالنحر والميسر فيحرم ذلك وشراء ما جئ به في زمن الحاجة ليغالى على الناس ضرراً للمسلمين وأهل الذمة فيحرم وكذا البيع من القادمين مع حاجة المقيمين فإنه يرض بالثمن المذكور الأعلى تقدير كونه سعر البلد فيجب أن يكون غير منعقد لعدم الرضا به كقول مالك وأئمة فقهاء وثبت له خيار الفسخ كقول الشافعي وكون الوصف مجاوراً أولاً لا ينافي ما ذكرناه إذا اصطلاحات لا تنفي المعاني الحقيقية المقتضية للبطـلان أو الفساد على أن معنى الفساد ليس إلا كون العقد مطلوب التفاوض للعصية بمباشرة المنهي عنه وعكس البطل منه بالقبض وتأخر الملك إلى القبض ليس إلا لوجوب رفع المعصية برفعها ويجب في هذه البياعات ذلك كله غير أنه لما كان المنع بأخبار الاتحاد الظنية سموه مكروهاً على اصطلاحنا ولما كان الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي ثابتاً جعلته فاسداً **(قوله)** وهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره) بعدما بلغت قيمتها فإنه تغير بالسلم ظاهراً أما إذا لم تكن بلغت قيمتها فزاد القيمة لا يريد الشراء فيجوز لأنه نفع مسلم من غير اضرار بغيره إذا كان شراء الغير بالقيمة **(قال صلى الله عليه وسلم لا تتاجشوا)** في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تتلقى الركان للبيع ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا تتاجشوا ولا يبيع حاضر لباد والنجش بفتحين وروي بسكون الجيم **(قوله وعن السوم)** أي وهي عن السوم في حديث ابن عمر في الصحيحين في لفظ لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له وفي الصحيحين من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نفى عن تلقى الركان إلى أن قال وأن يستام الرجل على سوم أخيه وعرفت مشيرته وهو ما فيه من الإيحاء والاضرار وشرطه وهو أن يتراضيا بئمن ويقع الركون به فيجئ به آخره دفع المال أكثر أو مثله غير أنه رجل وجيه فيبيعه منه لوجاهته وأما صورة البيع على بيع أخيه بأن يتراضيا على ثمن سلعة فيجئ به آخره فيقول أنا أبيعك مثل هذه السلعة بانه تص من هذا الثمن فيضر بصاحب السلعة فظهر تصوير البيع على بيع أخيه والسوم على سوم أخيه والوارد فيهما حديثان فلا حاجة إلى جعل لفظ البيع في قوله صلى الله عليه وسلم لا يبيع أحدكم على بيع أخيه جامعاً للبيع والشراء مجازاً أنما يحتاج إلى ذلك لولم يرد حديث الاستيلاء وكذا محله في الخطبة فإن لم يتراضيا فهو بيع من يزيد ولا بأس به كما سنده **(قوله وعن تلقى الجلب)** في الصحيحين عن عبد الله بن عباس

الثمن وكذلك في النكاح أما إذا لم يجئ فلا بأس بذلك لأنه بيع من يزيد وقد روى أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحاً وحلماً يبيع من يزيد قال وعن تلقى الجلب أي وهي عليه الصلاة والسلام عن تلقى الجلب أي المحبوب

فصل فيما يكره

وصورته المصري أنحبر عجي قافله بغيره تعلقهم واشترى بالجميع وأدخله المصري لبيعه على ما أراد فذلك لا يتخلو إما أن يضرب أهل البلد أولا والثاني لا يتخلو من أن يلبس السعري على الواردين أولا فان كان الاول بان كان أجل المصري في حط وضيق فهو مكره وباعتبار رقيم التصديق المجاور المنفك وان كان الثاني فقد لبس السعري على الواردين فقد غر وضر وهو قبيح فيكره ولا فلا بأس بذلك (قال ويبيع الحاضر للبادي) أي ونهى عليه الصلاة والسلام (٣٤٠) عن بيع الحاضر للبادي فقال عليه الصلاة والسلام لا يبيع حاضر لباد وصورته

فان كان لا يضرب فلا بأس به الا ان لبس السعري على الواردين حينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر قال (وعن بيع الحاضر للبادي) فقد قال عليه الصلاة والسلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان أهل البلد في حط وعوز وهو أن يبيع من أهل البدو طمعاً في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم أما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر قال (والبيع عند أذان الجمعة) قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المتعبر فيه في كتاب الصلاة قال (وكل ذلك يكره) لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة

نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تتلقى الركان وان يبيع حاضر لباد قال لا يكون له سمساراً وللتلقي صورتان احدهما أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة لبيعه من أهل البلد بزيادة وثانيهما أن يشتري منهم بارخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر ولا خلاف عند الشافعية أنه اذا خرج اليهم لذلك أنه يعصى أمألم بقصد ذلك بل اتفق ان خرج فراهم فاشترى ففي معصيته قولان أظهرهما عندهم يعصى والوجه لا يعصى اذا لم يلبس وعندنا محتمل النهي اذا كان يضرب بأهل البلد وأوليس أما اذا لم يضرب ولم يلبس فلا بأس (قوله وعن بيع الحاضر للبادي) تقدم النهي عنه ومحتمل النهي (اذا كان أهل البلد في عوز) أي حاجة (أو حط وهو يبيع من أهل البدو طمعاً في الثمن الغالي) للاضرار بهم وهم جيرانه (أما اذا لم يكن كذلك فلا بأس لانعدام الضرر) وقال الحلواني هو أن يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع ويقول له لا تبع أنت انا أعلم بذلك منك فيتموكل له ويبيع ويغالي ولو تركه يبيع بنفسه لخص على الناس وفي بعض الطرق زاد قوله صلى الله عليه وسلم دعوا الناس برزق الله بعضهم من بعض وفي المجتبى هذا التفسير أصح ذكر في زاد الفقهاء لموافقته الحديث وعلى هذا تفسير ابن عباس بأن لا يكون له سمساراً ليس هو تفسير بيع الحاضر للبادي وهو صورة النهي بل تفسير لضدها وهي الجائز فاعنى أنه نهى عن بيع السمسار وتعرضه فكأنه لما سئل عن لمية نهى بيع الحاضر للبادي قال المقصود أن لا يكون له سمسار فنهى عنه السمسار (قوله والبيع عند أذان الجمعة قال تعالى) اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة الى قوله تعالى (وذروا البيع) كأنه يجعل الوقت من حين الاذان مشغولاً بصلاة الجمعة تعظيماً لها كما قالوا في النهي عن الصلاة بعد صلاة العصر قبل التغير (وفيه) زيادة أنه قد يفضى الى (الاخلال بواجب السعي على بعض الوجوه) وقد ذكرنا الاذان المتعبر في منع البيع في كتاب الصلاة وهو ما يكون بعد دخول الوقت وقوله (كل ذلك يكره) أي كل ما ذكرناه من أول الفصل الى هنا يكره أي لا يحل على ما قدمناه (ولا يفسد به البيع) باتفاق علمائنا حتى يجب الثمن ويثبت المالك قبل القبض وهو قول الشافعي لكن يثبت الخيار في تلقي الركان على ما قدمناه وقدمنا قول مالك بالبطال فيه وفي النجس وكذا يبيع الحاضر للبادي وبه قال أحمد وعمل الصحة (بأن الفساد) فيه (في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة) واستشركه في الكافي لان البيع يفسد بالشرط وهو خارج عن العقد ليس في صلبه قال الأنا يؤول الخارج بالمجاور وأنت علمت ما

الرجل لطعام لا يبيعه لاهل المصرو يبيعه من أهل البادية بثن غال فلا يتخلو اما أن يكون أهل المصري سعة لا يتضررون بذلك أو في حط يتضررون فان كان الثاني فهو مكره وان كان الاول فلا بأس بذلك وعلى هذا تكون الام للبادي بمعنى من وقيل في صورته نظراً الى الام أن يتولى المصري البيع لاهل البادية ليغالي في الثمة قال (والبيع عند أذان الجمعة) أي ونهى عليه الصلاة والسلام عن البيع عند أذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع وتسميته منهي باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة (قوله ثم فيه) بيان للقم المجاور فان البيع قد يتخل بواجب السعي اذ قعدا أو وقفاً يتبايعان وأما اذا تبايعا عشيان فلا اخلال فيصح بلا كراهة وقد تقدم في كتاب الصلاة أن المتعبر في ذلك هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال (وكل ذلك) أي المذكور من أول الفصل الى هنا مكره لما ذكرنا لافساد لان الفساد أي القبح لاهر خارج زائد

أي مجاور وليس في صلب العقد ولا في شرائط الصحة

عندنا

قال المصنف (والبيع عند أذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع) أقول قال الزيلعي وذ كر في النهاية انه ما اذا تبايعا وهو ما عشيان فلا بأس به وعزاه الى اصول الفقه لابي اليسر وهذا مشكل فان الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقاً فمن أطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصاً وهو نسخ فلا يجوز بالرأى اه وفيه بحث

قال (ولابأس يبيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولأنه يبيع الفقراء والحاجة ماسة إليه نوع منه) قال (ومن ملك ما لو كان صغيرين أحدهما ذورحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك إن كان أحدهما كبيرا) والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والده وولده افرق الله بينهما وبين أحبته يوم القيامة وروى النبي صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله تعالى عنه غلامين أخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعث أحدهما فقال أدرك أدرك وروى ارددارد

عندنا في ذلك (قوله ولا بأس ببيع من يزيد) وهو وصفة البيع الذي في أسواق مصر المسمى بالبيع في الدلالة (لأنه صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد) روى أصحاب السنن الأربعة من حديث أنس بن مالك أن رجلا من الأنصار أتى النبي صلى الله عليه وسلم يسأله فقال له أما في بيتك شيء قال بلى حلس نلّس بعصه ونبسط بعصه وقعب نشرب فيه الماء قال أثنى بهما فأتاه بهما فآخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من يشتري هذين فقال رجل أنا آخذهما بدرهم فقال من يزيد على درهم مرتين أو ثلاثا فقال رجل أنا بادرهمين فأعطاهما أباها وأخذ الدرهمين فأعطاهما الأنصاري وقال اشتريا أحدهما طعاما فانبذه إلى أهلك واشترى بالآخر فأسأفاني به فأتاه به فشده فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال اذهب فاحطب وبيع ولا أرينك خمسة عشر يوما فذهب الرجل يحطب ويبيع فجاء وقد أصاب عشرة دراهم فأشترى ببعضها ثوبا وبعضها طعاما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من أن تحبى المسئلة تنكتة في وجهك يوم القيامة إن المسئلة لا تصلح الا لثلاثة لذي فقر مدقع أو لذي غم مقطوع أو لذي دم موبع وأخرجه الترمذي مختصرا أنه صلى الله عليه وسلم باع حلسا وقد حافين يزيد قال الترمذي حديث حسن لا نعرفه الا من حديث الاخضر بن عمران عن عبد الله الحنفي وقدر رواه غير واحد عن الاخضر بن عمران وقال في علله الكبير سألت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال الاخضر بن عمران ثقة (قوله نوع منه) أي من البيع المذكور أي الذي لا يحل على ما عرفت أن الكراهة تحرمة وانما فصله لأن الكراهة فيه لمعنى يرجع إلى غير المعقود عليه وفيما تقدم لما يرجع إليه أو لانهم مسائل يجمعها معنى واحد هو التفريق بخلاف الاول (ومن ملك ما لو كان) بأى سبب فرض من أسباب الملك شراء أو هبة أو ميراثا (صغيرين) أو (أحدهما) بينهما رحم محرمة لم يفرق بينهما) سواء كان يبيع أو هبة أو وصية وذكره بصورة النبي مبالغة في المنع ولا ينظر في الوصية إلى جواز أن يتأخر الموت إلى انقضاء زمان التحريم لأن ذلك موهوم (والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم) فيما رواه الترمذي عن أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (من فرق بين والده وولده افرق الله بينهما وبين أحبته يوم القيامة) وقال حديث حسن غريب وصحته الخاكم على شرط مسلم ونظر فيه فان فيه شيء بن عبد الله لم يخرج له في الصحيح واختلف فيه ولا خلاف فيه لم يصححه الترمذي ورواه أحمد بقصة وروى الخاكم في المستدرک عن عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من فرق بين والده وولده وقال اسناده صحيح وفيه طليق بن محمد تارة يرويه عنه عن عمران بن حصين وتارة عنه عن أبي بردة وتارة عن طليق عن النبي صلى الله عليه وسلم من سلا قال الدارقطني وهو الحفوظ وقول ابن القطان لا يضح لان طليقا لا يعرف حاله يريد خصوص ذلك والا فالحديث له طرق كثيرة وشهرة والفاظه وجب صحة المعنى المشترك فيه وهو منع التفريق الآن في سوقها طولاعينا وأما حديث علي رضي الله عنه فأخرجه الترمذي وابن ماجه من حديث الحاج بن ارطاة عن الحكم بن عيينة عن ميمون بن أبي شبيب عن علي رضي الله عنه قال وهب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين فبعثت أحدهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا علي ما فعل غلامك فأخبرته فقال رده رده قال الترمذي

وتفسير ببيع من يزيد وروى أنس رضي الله عنه قد مر أنفا (نوع منه) أي هذا الذي يشرع فيه نوع من البيع المذكور ومن ملك صغيرين أو صغيرا وكبيرا أحدهما ذورحم محرم من الآخر كره له أن يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والده وولده افرق الله بينهما وبين أحبته يوم القيامة (قوله وروى) معطوف على قوله عليه الصلاة والسلام من حيث المعنى لأن تقديره والاصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام وروى النبي صلى الله عليه وسلم لعلي غلامين أخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعث أحدهما فقال أدرك أدرك وروى ارددارد

(قوله لقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والده وولده افرق الله بينهما وبين أحبته يوم القيامة) أقول قوله فرق الله بين والده وولده وروى الخاكم في المستدرک عن عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من فرق بين والده وولده وقال اسناده صحيح وفيه طليق بن محمد تارة يرويه عنه عن عمران بن حصين وتارة عنه عن أبي بردة وتارة عن طليق عن النبي صلى الله عليه وسلم من سلا قال الدارقطني وهو الحفوظ وقول ابن القطان لا يضح لان طليقا لا يعرف حاله يريد خصوص ذلك والا فالحديث له طرق كثيرة وشهرة والفاظه وجب صحة المعنى المشترك فيه وهو منع التفريق الآن في سوقها طولاعينا وأما حديث علي رضي الله عنه فأخرجه الترمذي وابن ماجه من حديث الحاج بن ارطاة عن الحكم بن عيينة عن ميمون بن أبي شبيب عن علي رضي الله عنه قال وهب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين فبعثت أحدهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا علي ما فعل غلامك فأخبرته فقال رده رده قال الترمذي

ووجه الاستدلال بالاول هو الوعيد والثاني تكرار الامر بالادراك والرد والوعيد بالتفريق والامر بالادراك على بيع أحدهما وهو  
تفريق ولم يتعرض للبيع فقلنا بكرة البيع لافضائه الى التفريق وهو محذور وينفك عنه لجواز أن يقع ذلك بالهبة والمعنى المؤثر في ذلك  
استثناس الصغير بالصغير والكبير وتعاهدا الكبير للصغير وفي بيع أحدهما قطع الاستثناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرجحة على  
الصغار وقد أوعد النبي على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبه يوم القيامة ان كان المراد بترك  
المرجحة تركها بالتفريق ويجوز أن يكون المراد في قطع الاستثناس والمنع من التعاهد ترك المرجحة وذلك متوعد بقوله عليه الصلاة والسلام  
من لم يرحم صغيرنا ثم المنع عن التفريق انما هو باعتبار استثناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للشكاح بأن يكون أحدهما اذا رحم محرم  
من الآخر كذا ذكرنا في صدر الكلام بلا ضرر للولي أو الصغير قصد افلا يدخل محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا مالا محرمة بينهما  
أصلا حتى لو كان أحدهما أخا رضاعيا (٢٤٣) لا آخر أو كان أمة والاخر ابنها رضاعا أو كان أحدهما ولد عم أو خال أو كان

ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهد فيه فكان في بيع أحدهما قطع الاستثناس  
والمنع من التعاهد وفيه ترك المرجحة على الصغار وقد أوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للشكاح  
حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان  
النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورد

أحدهما زوج الآخر  
التفريق بينهما لان النص  
النافي ورد بخلاف القياس  
لان القياس يقتضي جواز  
التفريق بوجوه المالك  
المطلق للتصرف من الجمع  
والتفريق كافي الكبيرين  
وكل ما ورد من النص بخلاف  
القياس يقتصر على مورد  
ومورده الوالد وولدها  
والاخوان قبل في كلام  
المصنف تناقض لانه على  
بقوله ولان الصغير يستأنس  
بالصغير وقال ثم المنع معلول  
بالقرابة المحرمة للشكاح  
ثم قال لان النص ورد بخلاف  
القياس وما كان كذلك  
لا يكون معولوا لفاء التناقض  
والجواب ما أشرنا اليه  
في تفسير كلامه ان مناط  
محكم المنع عن التفريق  
انما هو استثناس وتعاهد

حديث حسن غريب وتعبه أبو داود بان ميمون لم يدرك عليا وهو على طريق بيعهم من أن المرسل من  
أقسام الضعيف وعندنا ليس كذلك وأخرجه الحاكم والدارقطني من طريق آخر عن عبد الرحمن بن أبي  
إسحق عن علي رضي الله عنه قال قدم على النبي صلى الله عليه وسلم سي فأمري ببيع أخوين فبعتهما  
وفرقت بينهما ثم أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته فقال أدركهما فأرجعهما وبعهما جميعا فلا تفرق  
بينهما وصححه الحاكم على شرط الشيخين وفي ابن القطان العيب عنه وقال هو أولى ما اعتد عليه في هذا  
الباب ومن طريق آخر رواه أحمد والبراز وفيه انقطاع ولا يضر على أصلنا على ما عرف قال المصنف  
(ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهد فيه) أي يصلح شأنه (فكان في التفريق قطع  
الاستثناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرجحة على الصغار وقد أوعد عليه) قال عليه الصلاة  
والسلام من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا ورواه ابن أبي شيبة عن عمرو بن العاص وكذا  
رواه البخاري في كتابه المفرد في الادب وروى الطحاوي في مشكل الآثار جلد ثانيا نون بن عبد الأعلى  
حدثنا ابن وهب أنبأ مالك بن أبي الخير الزبدي عن أبي قبل عن عباد بن الصامت عنه صلى الله عليه  
وسلم قال ليس منا من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا ورواه الاول رواه البخاري في كتابه المفرد في الادب  
من حديث أبي هريرة وقد روى من حديث عدة من الصحابة فهو ومعنى مشهور لا شك فيه عن النبي صلى  
الله عليه وسلم قال المصنف (ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للشكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب)  
محرم الرضاع وامرأة الاب (ولا قريب غير محرم) كابن الم (ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز  
التفريق بينهما لانه على خلاف القياس فيقتصر على مورد) ومورده كان في المحرمة كافي الوالد وولدها  
والاخوين فان قيل لو كان كذلك وجب أن لا يمنع التفريق بين الخال وابن أخته والخالة وبنات أختها

يحصل بالقرابة المحرمة للشكاح بدون ضرر للولي أو الصغير قصد اقهر بيان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالدلالة اذا ساواه لان  
لا بيان الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس واذا ظهر  
هذا تبين انه ليس في القرابة والمحرمة ولا ما فيه ضرر ما يساوي القرابة المحرمة للشكاح وما لا ضرر فيه حتى يلحق به فلا يرد ما قيل في الكتب  
لو كان منع التفريق معولوا بالقرابة المحرمة للشكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة لكنه جاز في سبعة مواضع وان كان أحدهما  
صغيرا فكانت العلة منقوضة

(قوله ووجه الاستدلال بالاول) أقول لا حاجة في صحة الاستدلال بأدركه واردد الى التكرار نعم يتقوى الاستدلال بتكرار الامر  
(قوله بقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدته وولدها الحديث) أقول الدعوى عامة والحديث مخصوص بالوالدة والولد (قوله فهو  
بيان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالدلالة اذا ساواه) أقول دعوى المساواة فيما اذا كان أحدهما عمًا أو خالا للمورد النص مشككة  
والإشارة الى ذلك قال عسي

ولزم التزام القول بتخصيص العلل الفاسدة عند عامة المشايخ والاول من المواضع السبعة ما اذا صار أحدهما في ملكه الى حال لا يمكنه بيعه كما اذا بره أو استولده ان كانت أمة فانه لا بأس ببيع الآخر وان حصل التفريق والثاني اذا جنى أحدهما جناية بنفس أو مال فان للموتى أن يدفع وفيه تفرق مع انه مخير بين الدفع والقضاء وله ولاية المنع عن البيع بأداء القيمة والثالث اذا كان المالك حرياً بياجاز للمسلم شراء أحدهما وكما يكره التفريق ببيع بالبيع يكره بالشراء والرابع اذا ملك صغيراً وكبيراً ببيع أحدهما الكبير استخساناً وان لزم التفريق والخامس اذا اشتراه ما ووجد بأحدهما عيباً كان له رد العيب في ظاهر الرواية ولزم التفريق والسادس جازاً اعتاق أحدهما على مال أو غيره وهو تفرق والسابع اذا كان الصغير حراً اهما جاز ببيع برضاه ورضاء أمه ولزم التفريق واذا تأملت ما مهد لك آنفاً ظهر لك عدم ورودها فان ما خلا الاخيرين يشتمل على الضرراً ما الاول فلا ينبيع أحدهما لما امتنع لغنى شرعى لو منع عن بيع الآخر تضرر الموتى والمنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به لا يقال المنع عن تصرف التفريق مع وجود المالك المطلق له اضرار فكيف تحمل لانه لو لم يتحمل ذلك لزم اهمال الحديث وأما الثاني فلا نلو لزم الموتى القضاء بدون اختياره تضرر وأما الثالث فلان منع التفريق لدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم من شرائه تضرر الصغير قصداً وعاد على موضوعه بالنقض (٣٤٤) فان الحربي يدخله ما دار الحرب فينشأ ن

فيها وضرر ذلك ظاهر في الدنيا العرضية الاسر والقتل وفي الآخرة لان ظاهر من ينشأ من صفه بينهم أن يكون على دينهم وأما الرابع فلان منع بيع أحدهما الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بالآخر اضرار للموتى وأما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع على ما روى عن أبي يوسف وعلى ظاهر الرواية انما جاز لان رد السلام عن العيب حرام من كل وجه وفي الزام العيب اضرار للشترى فيتعين رده دفعا لاضرار عنه وأما في السادس فلان الاعتاق هو عين الجمع بأكل الوجوه لان المعتق أو المكاتب صار أحق بنفسه فيدور هو

ولا بد من اجتماعهما في ملكه ما ذكرنا حتى لو كان أحدهما الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ما ولو كان التفريق يفتق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به

لان النص ما روي الا في الوالدة والاخوين فالجواب أن القرابة المحرمة تثبت معنى دلالياً وهو المفهوم الموافق في عرف الشافعية لقطع بأن خصوص الوالدة غير معتبر لان الوالد أيضاً مثلها ففهم منه قرابة الولاد ثم جاء نص الاخوين فعلم أن لا قصر على الولاد بل القرابة المحرمة تثبت في الخال والخالة بالدلالة ومعلوم أن المحققين على عدم اشتراط الاولوية في الدلالة والمفهوم بقي ايراد نقض العلة بثمانية مسائل يجوز التفريق فيها مع وجود القرابة المحرمة منها الثلاثة التي ذكرها المصنف وهي ما اذا كان التفريق بحق مستحق كدفع أحدهما بجناية أو استيلاء دين لزم الصغير كاستملاكه مال الغير مع أنه في دفعه غير مجبور اذ له أن يدفع عنه القضاء والدين ويستبقيه ورده وحده بعيب بخصته فيرده وحده وان كان عند أبي يوسف أنه يردهما جميعاً أو يسكنهما كافي مصرعي الباب اذ اوجد بأحدهما عيباً والرابعة أن يدر أحدهما أو يستولدا لامة وحينئذ جاز بيعه الآخر والخامسة أن يكون لحربي مستأمن فباع أحدهما فلمسلم ان يشتره مع أن المنع كما هو البائع كذلك للشترى والسادسة لو كانوا ثلاثة في ملكه أحدهم صغير حصل بيع أحدهما الكبيرين مع أنه يصدق التفريق بين الصغير والكبير والسابعة أنه يجوز أن يعتق أحدهما عمال وبلا مال ويكاتبه مع أنه حصول الفرقه بالانخراج عن ملكه والثامنة لو كان الولد حراً اهما قرضي بالبيع واختاره ورضيته أمه جاز ببيعها فالجواب عن الثلاثة الاول ما أشار اليه المصنف بقوله (لان المنظور اليه) في منع التفريق (دفع الضرر عن غيره) وهو الصغير (لا) الخاق (الضرر به) أي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك ما وكن فيما تقدم فلو منعنا

حينئذ اضرار أخوه وبيعه أموره على ما أراد ولا اعتبار بخسر وجهه عن ملكه بعد ما حصل المعنى الموجب في ابقائهم ما جميعاً مع زيادة وصف وهي استبداده بنفسه وأما في السابع فلا ن المنع عن التفريق للاحتراز عن الضرر بهما فلما رضينا بالتفريق اندفع الضرر ففهم عدا الاخيرين ضرر فلا يكون في معنى ما لاضرر فيه من كل وجه فيلحق به وأما السادس فلا تفرق فيه وأما السابع فن قيل اسقاط الحق فلا بد من اجتماعهما في ملك شخص واحد حتى لو كان أحدهما له والآخر لغيره لا بأس ببيع أحدهما لان التفريق لا يفتق فيه وذكر الغبير مطلقاً ليتناول كل من كان غير مسوأة كان الغبير ابناً صغيراً أو كبيراً وهما في مؤنته أو لا وسواء كان زوجته أو مكاتبته ولا يجوز بيع أحدهما من أحدهما اذا كانا في ملكه لحصول التفريق بذلك (قوله ولو كان التفريق بحق مستحق) تقديم تقريره في أثناء الاستدلال وجوابها روى عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال اذا جنى أحدهما انه يستحب القضاء لانه مخير بين أن يدفع أو يندى فكان القضاء أولى

قال المصنف (لا الاضرار به) أقول قال ابن الهمام أي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك ما وكن فيه بحث (قوله أو لزم التزام القول بتخصيص العلل) أقول فانه ظهر ان العلة هي الرحمة المحرمة الغير المستلزم ضرراً بالمالك وبالصغير قصداً (قوله وأما الثالث فلا ن منع التفريق الخ) أقول فيه بحث



قال (فان فرق كرهه ذلك وجاز العقد) وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من أهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشا به كراهة الاستيلاء

التفريق كان الزاماً للضرر بالمالك والعلة هي ما ذكرنا من الرحم المحرمة غير المستلزم ضرراً بالمالك فعند استلزامه تكون علة المنع منتفية عند من يمنع تخصيص العلة أو مخصصة باستلزام ضرره عند من يخصها وبهذا يجاب عن الرابع اذ يلزم المالك الجبر عليه بمنعه من التصرف في ماله رأساً بخلاف ما قبل التدبير فانه يمكنه بيعهما والاتفاق بينهما وعن الخامس بأن مفسدة التفريق عارضا هنا بتقدير عدمه مفسدة أعظم فانه ان لم يشتره أحد ذهب به الى دار الحرب ومفسدة كونه هنالك يشب ويكتمل أعظم من ضرر التفريق على الصغير لانه ضرر الدين والدينا فالدين ظاهر والدينا تعريضه على القتل والسبي والسبي هلاك ويحیی ما ذكرنا على المذهبين في تخصيص العلة وعدمه وعن السادس بأن العلة ما هو مظنة الضياع والاستيحاء وقد بقي له من يقوم مقام الثالث على أن في رواية عن أبي يوسف يمنع بيع الثالث في الكفاية قد اجتمع في الصغير عدد من أقاربه لا يفرق بينه وبين واحد اختلف جهة القرابة كالم والخال أو أخت كخالين عند أبي يوسف لانه يستوحش بفراق الكل وعن السابع بأن العتق والكتابة عین الجمع لا التفريق فان المعتق والمكاتب يزول الجبر عنه فيتمكن من الكون مع أخيه حيثما كان وأيضا صار وعن الثامن بانتفاء الضرر عنهما لما اختار ذلك فقد تحققنا خلق الوصف الظاهر المنضبط عن الحكمة فلا يشرع معه الحكم فالكل الى عدم العلة في الحقيقة ومن صور جواز التفريق ما في المبسوط اذا كان للذمي عبده امرأة ولدت منه فأسلم العبد وولده صغير فانه يجبر الذمي على بيع العبد وابنه وان كان تفريقا بينه وبين أمه لانه يصير مسلماً بإسلام أبيه فهذا تفريق بحق (قوله فان فرق كرهه ذلك وجاز العقد) اذا كان المالك مسلماً حراً أو مكاتباً أو مأموراً أو أما اذا كان كافراً فلا لانهم غير مخاطبين بالشرائع والوجه انه ان كان التفريق في ملتهم حلالاً لا يعترض لهم الا ان كان بيعهم من مسلم فيمنع على المسلم وان كان ممتنعاً في ملتهم لا يجوز (وعن أبي يوسف رحمه الله لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك) أي قرابة الولاد وغيرها وهو قول أحمد لما روينا من حديث علي رضي الله عنه وقول النبي صلى الله عليه وسلم أدركهما وارتجعهما فان الامر بالادراك والارتجاع لا يكون الا في البيع الفاسد (ولهما ان ركن البيع صدر من أهله في محله والكراهة لمعنى مجاور) والنهي للمجاورة لا يوجب الفساد بخلافه لوصف لازم (فشا به كراهة الاستيلاء) على سوم أخيه وحينئذ يجب تأويل الامر بالادراك والارتجاع على طلب الاقالة مع ظهور ان يقيمه رغبة في ثواب الاقالة أو أن يبيع الاخ لا تخومنه واعلم أن مدة منع التفريق انما تنفذ الى بلوغ الصغير بالاحتلام أو بالحيض وذ كرفيه حديثنا في المبسوط عنه صلى الله عليه وسلم لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام والجارية وعن عباد بن الصامت عنه عليه الصلاة والسلام لا تفرقوا بين الام وولدها ف قيل الى متى فقال الى أن يبلغ الصلوات وتحيض الجارية رفعه في المبسوط وهو قول الشافعي وفي أظهر قوله الى زمان التمييز يبيع أو ثمان بالتقريب والى زمان سقوط الاسنان والحديث المذكور ذكره الحاكم وصححه وخطأه صاحب التمهيد وقال الاشبه انه موضوع وسببه ان في سنة عبد الله بن عمرو بن حسان قال الذهبي كذاب وقيل رماه ابن المديني بالكذب غير أن الحكم المذكور وهو التفريق بعد البسواغ حكم ثابت شرعاً وقال بعض مشايخنا اذا راهما ورضيا بالتفريق فلا بأس به لانهم ما من أهل النظر لانفسهم ما ورع بما يريان المصلحة في ذلك

قال (فان فرق كرهه ذلك وجاز العقد الخ) فان فرق كرهه ذلك واطلاق التفريق يدل على انه مكروه وسواء كان بالبيع أو القسمة في الميراث أو الغنائم أو الهبة أو غير ذلك والبيع جائز وعن أبي يوسف انه لا يجوز في قرابة الولاد لقولهم اضعف غيرها وعنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام لعلي أدرك أدرك ولزيد بن حارثة اردد اردد فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من أهله مضافاً الى محله والكراهة لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء وهو مكروه لافساد الاستيلاء والجواب عن الحديث انه محمول على طلب الاقالة أو بيع الآخر عن باع منه أحدهما

(قوله واطلاق التفريق يدل الخ) أقول لا يخفى عليك ان قوله وجاز البيع يدل على التقييد نعم لا كلام في اطلاق التفريق الواقع في الحديث (قوله والجواب عن الحديث أنه محمول الخ) أقول في أدرك وارد (قوله أو يبيع الآخر الخ) أقول في أدرك ثم لفظ أو ههنا لمنع الخطأ

(وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح انه عليه الصلاة والسلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين

(قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص) ليثبت فيه المنع الحاقا بالدلالة اذ كان أصلا على خلاف القياس (وقد صح انه صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين) بالسنين المهمة ذكره ابن عبد البر في الاستيعاب قال البزار بعد ان غلطه للحديث طريق ذكره الحسن روى هذا الحديث عن بشير بن المهاجر بن حاتم بن اسمعيل ودلهيم بن دهم انتهى وبشير عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال أهدى المقوقس القبطي لرسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين وبغلة كان يركبها فأما إحدى الجاريتين فتسراها فولدت له إبراهيم عليه السلام وهي مارية أم إبراهيم وأما الأخرى فوجهها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحسان بن ثابت وهي أم عبد الرحمن بن حسان وذكر ان هذا الحديث في صحيح ابن خزيمة وأخرجه البيهقي بسند آخر في دلائل النبوة مرسل أنه صلى الله عليه وسلم بعث حاطب ابن أبي بلتعة إلى المقوقس إلى أن قال وأهدى له مع حاطب كسوة وبغلة مسروجة وجاريتين أحدهما أم إبراهيم وأما الأخرى فوجهها عليه الصلاة والسلام لجهيم بن قيس العبدى وهي أم زكريا بن جهيم الذي كان خليفة عمرو بن العاص على مصر وهذا مخالف لما تقدم وجمع بينهما بحديث آخر رواه البيهقي بسنده إلى حاطب قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المقوقس ملك الاسكندرية فبعت بكتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فانزلني في منزله فأقت عتده ثم بعثت إلى وجه بطارقه إلى أن قال وهذه هدايا أبعث بها معك إلى محمد فأهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث جوار منهن أم إبراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم وواحدة وهبها لابي جهيم بن حذيفة العدوي وواحدة وهبها لحسان بن ثابت فهذا يعلم من ألفاظ هذا الحديث وطرقه وليس في شيء منها ان الجاريتين كانتا أختين وهو موضع الاستدلال لاجرم ذكر أبو الربيع سليمان الكلاعي في كتاب الاكتفاء عن الواقدي باسناد له ان المقوقس أرسل إلى حاطب ليلة إلى أن قال فأرجع إلى صاحبك فقد أمرت له بهدايا وجاريتين أختين فارهتين وبغلة لمن مراكي وألف مثقال ذهباً وعشرين ثوباً من لين وغير ذلك وأمرت لك بمائة دينار وخمسة أبواب فارحل من عندى ولا تسمع منك القبط حرفاً واحداً فهذا مع توثيق الواقدي دليل على المطلوب وقد أسلفنا توثيقه وكرر ذلك ابن عبد البر في الاستيعاب ونقله أحمد بن عبد الله الطبري عن أبي عبيدة في حاشية مناقب أمهات المؤمنين فأنه أعلم بذلك وانما يوجب أبو داود والتفريق بين المذكورات للحديث الذي في مسلم عن سلمة بن الأكوع قال خرجنا مع أبي بكر فغزونا فزارة إلى أن قال فبعت بهم إلى أبي بكر وفيهم امرأة معها ابنة إمامنا أحسن العرب ففلقني أبو بكر ابنتها فقدمت المدينة فقال لي النبي صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي المرأة فقلت هي لك فقدى بها أسارى مكة انتهى مختصراً فهذا التفريق وان كان من فعل أبي بكر لكن لا نسند في أن النبي صلى الله عليه وسلم علمه واتهم الجارية ولم يردها إلى أمها بل أبعدها راحلين فدى بها فهذا والله أعلم هو الدليل على التفريق بين الكبيرين والله أعلم ﴿فروع﴾ اذا كان مع الصغير أبواه لا يبيع واحداً منهم ولو كان معه أم وأخ أو أم وعمّة أو خاله أو أخ جاز بيع من سوى الأم وروى هشام عن محمد أنهم لا يباعون إلا مع اعتبار الاختلاف الجهة والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لان شفقة الأم تغني عن سواها ولذا كانت أحق بالحضانة من غيرها فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة والحدة كالأم ولو كان معه جدّة وعمّة وخالة جاز بيع العمّة والخالة ولو كان معه عمّة وخالة لم يباعوا إلا مع اختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة ولو كان معه اخوان أو اخوة كبار في رواية المالكي لا يباع واحد منهم والصحيح انه يجوز بيع من سوى واحد منهم وهو الاستحسان لان الشفقة أمر باطن لا يوقف عليه فيعتبر السبب ولا يعتبر الابعاد مع الاقرب وعند الاتحاد في الدرجة والجهة

(قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لانه ليس في معنى ما ورد به النص يشير إلى ان مراده فيما تقدم الحاق بدلالة النص كما قررناه وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين روى ان أمير القبط أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسلم جاريتين وبغلة فكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ إحدى الجاريتين سرية فولدت له إبراهيم وهي مارية وهب الأخرى لحسان بن ثابت وكان اسمها سيرين بالسنين المهمة ذكره ابن عبد البر في كتاب الاستيعاب وهذا كله اذا كان المالك مسلماً حراً كان أو مكاتباً أو مائناً أو كافراً فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر أعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع

باب الاقالة

(الاقالة) الخبر من عن نيت البيع الفاسد والمكروه لما كان الفسخ كان الاقالة تعلق خاص به ما فاعقب ذكرها بالاهتمام من القيل لامن القول وانهمزة تسلب كذا ذهب اليه بعض بدليل قلت البيع بكسر القاف وعلى جائزة لقوله صلى الله عليه وسلم من اقال نادما بيعته ازال الله عثرته يوم القيامة (٣٤٦) نذب صلى الله عليه وسلم اليها بما يوجب التحريم عليها من الثواب اخبار اودعها وكلاهما

باب الاقالة

(الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول) لقوله عليه الصلاة والسلام من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة ولان العقد حقه ما قبل مكان رفعه دفعا لحاجته ما (فان شرطاً أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول) والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما

أحدهما بقى وكذا لو ملك ستة أخوة ثلاثة كبار أو ثلاثة صغار اقباع مع كل صغير كبيراً جازاً استحسنوا فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لاب وأخت لامباع غير الشقيقة ولو ادعاه رجلان فصارا ابوين له ثم ملكوا جازلة القياس أن يباع أحدهما لاحتاجهم ما وفي الاستحسان لا يباع لان الاب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذي يبيع فيمتنع احتياطاً فصار الاصل أنه اذا كان معه عدد أحدهم أبعد جاز بيعه وان كانوا في درجة فان كانوا من جنسين مختلفين كالاب والام والخالة والعممة لا يفرق ولكن يباع الكل أو يمسك الكل وان كانوا من جنس واحد كالأخوين والعمين والخالين جاز أن يمسك مع الصغير أحدهما ويبيع ما سواه ومثل الخالة والعممة أخ لاب وأخ لام والله الموفق

باب الاقالة

مناسبتها الخاصة بالبيع الفاسد والمكروه أنه اذا وقع البيع فاسداً ومكروها وجب على كل من المتعاقدين الرجوع الى ما كان له من رأس المال صوراً له ما عن المخطوطة ولا يكون ذلك الا بالاقالة الى آخر ما ذكر في النهاية وتبعه غيره وهو مصرح بوجوب التفاسخ في العقود المكروهة السابقة وهو حق لان رفع المعصية واجب بقدر الامكان وايضاً الاقالة بيان كيف يرفع العقد وهو يستدعي سابقة ثبوتها وبواب البياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد والمكروه بيان كيف يثبت فاعقب الرفع معظم أبواب الاقالات ثم قيل الاقالة من القول والهمزة للسلب فاقال بمعنى ازال القول أي القول الاول وهو البيع كاشكاه ازال شكايته ودفع بأنهم قالوا قلته بالكسر فهو يدل على أن عينه باء لا واو فليس من القول ولانه ذكر الاقالة في الصحاح من القاف مع الياء مع الواو وايضاً ذكر في مجموع اللغة قال البيع قيلاً واقالة فسحه (قوله الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول) عليه اجماع المسلمين (لقوله صلى الله عليه وسلم من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة) أخرجه أبو داود وابن ماجه عن الاعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اقال مسلماً بيعته اقال الله عثرته زاد ابن ماجه يوم القيامة ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وقال على شرط الشيخين وأما لفظ نادما فعند البيهقي قال المصنف (ولان العقد حقه ما قبل مكان رفعه دفعا لحاجتهما) التي لها شرع البيع وغيره ولا يخفى أن النص المذكور والمعنى انما يثبت بمجرد جواز الاقالة أو ما لزوم كونه على الثمن الاول بعينه فلو جبه يفيد المعنى الذي مهد به بقوله (والاصل) أي الاصل في لزوم الثمن الاول حتى يبطل الأقل والاكثر (أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين) وحقيقة الفسخ ليس الرفع الاول

لا يكون الا مشروع ولان الله تدسقهما وكل ما دس حرم وما يملك كان رفعه لحاجتهما وشرطها أن تكون بالثمن الاول (وان شرطاً أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل في ذلك ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين) ولهذا بطل ما نطقا به من الزيادة على الثمن الاول والنقصان منه وتربيع البائع المبيع من المشتري قبل أن يسترده منه جاز ولو كان يعلم ما جاز لكونه قبل القبض يباع جديد في حق غيرهما ولهذا يجب الشفعة للشفيع فيما اذا باع دارا قسم الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع الى ملك البائع ولو كان فسخاً في حق غيرهما لم يكن له ذلك وشرط التقابض اذا كان البيع صرنا فساكت في حق الشريفة يباع جديداً وهذا لان لفظها ينبي عن الفسخ كما سذكره ومعنا ما ينبي عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال بالراضى وجعلها فسخاً أو بيعاً فقط احسان لاحد المتباينين وإعمالهما ولو بوجه أولى

كان

باب الاقالة

فان قيل ما الجواب عن انتقاض حد البيع بالاقالة قلنا المراد من المبادلة في تحديد البيع هو ما كان مبادلة ابتداء لا ترجاعاً بطريق الرفع بقريته مقابل الاقالة للبيع (قوله ونبي من القيل لامن القول) أقول في مجموع اللغة قال البيع قيلاً واقالة فسحه (قوله والهمزة للسلب) أقول فأقال بمعنى ازال القول أي القول الاول وهو البيع (قوله وشرطها أن تكون بالثمن الاول الخ) أقول لو كان شرطاً لانتفى بانتفائه وليس كذلك بل الظاهر ان من أحكامه

فجعلناهما من حيث اللفظ فسحقا في حق المتعاقدين لقيامه بهما فمعين أن تكون بيعا في حق غيرهما فإن تعذر جعلها فسحقا بطلت كما إذا ولدت  
المبيعة بعد القبض ولذا فإن الزيادة المنفصلة تمنع فسق العقد حقا للشرع وهذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هي بيع إلا أن يتعذر  
جعلها بيعا كما إذا تقابل في المنقول قبيل القبض فيجعل فسحا إلا أن تعذر جعلها فسحا فبطل كما إذا تقابل في العروض المبيعة بالدرهم  
بعد هلاكها وعند محمد وفسخ الأداة تعذر ذلك كما إذا تقابل بأكثر من الثمن الأول فيجعل بيعا إلا إذا تعذر ذلك فبطل كما في صورة بيع  
العرض بالدرهم بعد هلاكه استدلل محمد بالمعنى اللغوي فقال إن اللفظ للفسخ والدفع يعني إن حقيقة ذلك يقال في الدعاء أقلني عثرتي وإذا  
أمكن العمل بالحقيقة لا يصار إلى المجاز فيعمل بها وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو (٣٤٧) البيع لأنه يبيع في حق ثالث

واستدل أبو يوسف بعنايه  
فانه مبادلة المال بالمال  
بالتراضى وليس البيع  
الأذاك واعتضد بثبوت  
أحكام البيع من بطلانها  
بملاك السلعة والرد  
بالعيب وثبوت الشفعة  
وعروض بأنه لو كانت بيعا  
أو محتملة له لانتقد البيع  
بلفظ الأقالة وليس كذلك  
وأجيب بجمع بطلان اللازم  
على المروى عن بعض  
المشايخ وبالفرق بعد  
التسليم بأنه إذا قال ابتداء  
أقلت لك العقد في هذا العبد  
بألف درهم ولم يكن بينهما  
عقد أصلا تعذر تصحيحها  
به إلا أن الأقالة انما أضفيت  
إلى ما لا وجود له فبطل في  
مخرجها وما نحن فيه ليس  
كذلك لأنها أضفيت إلى  
ماله وجود أعني به سابقة  
العقد قبلها فلم يلزم من ارادة  
المجاز من اللفظ في موضع  
لوجود الدلالة على ما أراد من  
المجاز ارادة المجاز في سائر  
الصور عند عدم دالة الدليل  
على المجاز وفيه نظر من وجهين

الآن لا يمكن جعله فسحا فبطل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله هو بيع إلا أن  
لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسحا إلا أن لا يمكن قبطل وعند محمد رحمه الله هو فسق إلا إذا تعذر جعله فسحا  
فيجعل بيعا إلا أن لا يمكن قبطل لمحمد رحمه الله أن اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال أقلني عثرتي فتوفر عليه  
قضيته وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ألا ترى أنه يبيع في حق الثالث ولا يبيع في حق الله أنه  
مبادلة المال بالمال بالتراضى وهذا هو أحد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة  
كان لم يكن فيثبت الحال الأول وثبوت الحال الأول هو رجوع عين الثمن الأول إلى مالكة كان لم يدخل  
في الوجود غيره وهو يستلزم تعيين الأول ونفي غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس والاجل نعم  
لما لم يكن فعله ما ينفذ على غيرهما جعل بالنسبة إلى غيرهما بيعا فيعطى بالنسبة إلى غيرهما حكم  
البيع كما سنذكره (فإن لم يمكن جعله فسحا) كان ولدت المبيعة بعد القبض وكذا إذا كان المبيع عرضا  
بالدرهم فهلك (تبطل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف هي بيع إلا أن لا يمكن جعله  
بيعا بأن وقعت الأقالة قبل القبض في مبيع منقول فيجعل فسحا فإن تعذر كونهما بيعا وفسحا كالأول كان  
المبيع عرضا بالدرهم فتقايلا بعد هلاك العرض فثبت بطل وعنده محمد قلب قول أبي يوسف فهي  
فسخ إلا أن يتعذر فيبيع إلا أن تعذر قبطل والعجب أن قول أبي يوسف كقول أبي حنيفة رحمه الله  
في أن الأقالة تصح بلفظين أحدهما من قبيل كالأول أقلني فقال أقلتك مع أنها يبيع عنده والبيع  
لا ينعقد بذلك على ما سلف ومحمد يقول أنها فسق ويقول لا تنعقد إلا بالمضى فيها مالانها كالمبيع فأعطى  
بسبب الشبهة حكم البيع وأبو يوسف مع حقيقة البيع لم يعط حكمه لأن المساومة لا تجرى في الأقالة  
فممل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع هكذا في شرح القسود وروى ذكره في الدراية والذي في فتاوى  
قاضيخان أن قول أبي حنيفة كقول محمد وفي الخلاصة اختاروا قول محمد ولا يتعين مادة قاف لا مبل  
لوقال تركت البيع وقال لا آخر رضى أو اخترت تمت ويجوز قبول الأقالة دلالة بالفعل كما إذا قطعه  
فيصافي فور قبول المشتري أقلتك وتنه قد بهما سحتك وتاركت وجه قول محمد (أن اللفظ) أى لفظ  
الأقالة وضع (للفسخ والرفع) بدليل الاستعمال فانه (يقال أقلني عثرتي) بمعنى اسقط أثرها  
باعتبارها عدم ما بعد وجودها وهو المراد بالفسخ إذ حقيقة تسه رفع الواقع عن أن يكون واقعا غير ممكن  
بعد الدخول في الوجود (فيوفر عليه قضيته وإذا تعذر) الفسخ (يحمل على محتمله وهو البيع ولا يبي  
يوسف أنه مبادلة المال بالمال بالتراضى وهذا هو أحد البيع) وخصوص اللفظ لا عبرة به غاية الأثر  
أنه لم يسم فيه الثمن لأنه معلوم كافي التولية وأخذ الدار بالشفعة (ولهذا تبطل) الأقالة (بهلاك المبيع)

أحدهما أنه يفهم منه أن أبا يوسف يجعل الأقالة بيعا مجازا وذلك مصير إلى المجاز مع إمكان العمل بالحقيقة وهو لا يجوز  
(قوله واستدل أبو يوسف بعنايه الخ) أقول منقوض بما إذا كانت الأقالة بلفظ فاسحتك أو تاركتك فانه حينئذ فسق إجماعا مع جريان  
الدليل فيه (قوله فلم يلزم من ارادة المجاز الخ) أقول أى المعنى المجازى (قوله وذلك مصير إلى المجاز مع إمكان العمل بالحقيقة)  
أقول ألا ترى أنه يجعله فسحا إذا لم يكن جرحا له تبعا لذلك أن تقول يجوز أن ننظر المجازية بمجاز عن المنقول بعلاقة المشابهة فالمعنى لا يلزم  
من إزالة المعنى المنقول إليه في موضع لوجود الدلالة على ما أراد معنى النقل إليه ارادة المعنى المنقول إليه في سائر الصور عند عدم النقل  
وعليك بالتدبر فإن قيل بما إذا ثبت النقل قلنا باستعماله في عرف الشرع في مبادلة تتفرع على مبادلة سابقة وترتب عليه أحكام  
البيع على ما يفهم من كلام أبي يوسف فعنايه مجاز شرعي في الفسخ

والثاني ان قوله أقلنا العقد في هذا العبد معناه على ذلك التقدير بعثك هذا العبد وذلك يقتضي نفي سابقة العقد واستدلال بوضف  
 رحمه الله أن اللفظ ينفي عن الفسخ والرفع كما قلنا فيه وحقيقة نفسه والاصل أعمال الالفاظ في حقائقها فان تعذر ذلك صير إلى الجواز  
 ان أمكن والابطال وههنا يمكن أن يجعل مجازا عن ابتداء العقد لانه لا يحتمل كونه ماضيا واستعارة أحد الضدين لا آخر لا يجوز كما  
 عرف في موضعه فان قيل الاقالة بيع جديد في حق الثالث ولولم يحتمل البيع لم يكن ذلك أجاب المصنف بأن ذلك ليس بطريق المجاز  
 اذا ثبت بالمجاز ثابت بقضية الصيغة وهذا ليس كذلك اذ لا ولاية لهم على غيرهما لكون لفظهما عاملا في حقه بل هو امر ضروري  
 لانه لما ثبت مثل حكم البيع (٢٤٨) وهو الملك للبائع تبديل ظاهره موجب في حق ثالث دونهم لا امتناع ثبوت الضدين في محل واحد

وهذه أحكام البيع ولا يبي حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينفي عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل أعمال  
 الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لانه ضده واللفظ لا يحتمل  
 ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث أمر ضروري لانه ثبت به مثل حكم البيع وهو الملك  
 لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهم على غيرهما اذا ثبت هذا نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول  
 بعد الاقالة قبل الرد ووجب للذي كان بائعا الرضا بالعيب الحادث عند المشتري (وهذه أحكام  
 البيع) فاذا ترتبت على شيء كان يباعه وأنه اذا تعذر رجعه بيعا كما اذا وقعت في منقول قبل قبضه  
 صرنا إلى مجازه يجعله فسخا فصحا كالكلام العاقل ما أمكن وكونه لا يبتدأ عقد البيع بانثائه به ممنوع  
 على قول بعض المشايخ فإنه قال يجوز أن يعقد البيع ابتداء بلفظ الاقالة واتفاؤه في الصحيح لعدم تقدم  
 البيع وهذا بيع هو فرع بيع سابق فلا يتصور بدون سبقه (ولا يبي حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينفي  
 عن الرفع على ما قلنا الحمد رحمه الله) والاصل أعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية وكونه ثبت به  
 لزوم البيع من الرد بالعيب والهالك بالنسبة إلى ثالث لا يستلزم كونه من حقيقته اذ اللزوم قد يكون  
 عامة ترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون الاقالة بيعا لذلك فان قيل فتكون بيعا لثبوت حقيقة  
 معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لانه ثبوت اللزوم الخارجية قلنا نعم انما يرد بالبيع  
 ما كان مفيدا لهذه المبادلة ابتداء لا تراجا بطريق الرفع حكما على الشرع بذلك أي بأنه وضع بهذا  
 الاعتبار والارجع إلى مجرد الاصطلاح على أن مسمى لفظ البيع هو المبادلة مطلقا شرعا وبقيده  
 أن لا يكون تراجا والاحكام الشرعية لا تختلف باختلاف الاصطلاح في الالفاظ ينفي أمر آخر وهو  
 أنها لم تستعمل في البيع مجازا عند تعذر الفسخ كما قال محمد أجاب عنه بقوله (ولا يحتمل ابتداء البيع  
 ليحمل عليه عند تعذر الفسخ لانه) أي الرفع الذي هو المعنى الحقيقي (ضده) أي ضد العقد ونقصه  
 فلا يصح استعماله فيه وهذا طريق الفقهاء لان الاستعمال في الضد انما يكون لتكثير أو تلخيص وليس  
 ذلك في الفقه أو يكون لمشاكلة اللفظ وقع في صحته كخراصة سيئة وليس هنا ذلك (فتعين البطلان  
 وكونه بيعا في حق ثالث) ليس باعتبار رجوعنا به مجازا عنه ولكن (لامر ضروري) وهو انه لما ثبت  
 (به مثل حكم البيع وهو الملك) تبدل ظهر في حق غيرهما اذ لا ولاية لهم على غيرهما ليصرفا بموجب  
 البيع عنه فيقتصر على ما يظهر بيعا في حق غيرهما ولو لا يفتقر مقصود الشارع في بعض الصور  
 كاشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار أو الخلطة فاذا فرض ثبوت ذلك في عودها إلى البائع ولم يثبت حق  
 الشفعة تخلف مقصوده (قوله اذا ثبت هذا) أي هذا الخلاف في هذا الأصل (فنقول) تقر بيعا عليه  
 (اذا شرط) في الاقالة (الاكثر) كأن تقابل على مائة والبيع بخمسين (فالاقالة على الثمن الاول) عند

وتفسيره بوجه البسط ان  
 البيع وضع لاثبات الملك  
 قصد اوزوال الملك من  
 ضروراته والاقالة وضعت  
 لازالة الملك وابطاله وثبوت  
 الملك للبائع من ضروراته  
 فيثبت الملك لكل واحد  
 منهما فيما كان لصاحبه كما  
 ثبت في المبيعة فاعتبر بموجب  
 الصيغة في حق المتعاقدين  
 لان لهم اولاية على أنفسهم ما  
 فتعين اعتبار الحكم في حق  
 غيرهما لانه ليس لهم اولاية  
 على غيرهما ووجه آخر أن  
 المدعى ان كون الاقالة بيعا  
 جديد في حق ثالث ليس  
 مقتضى الصيغة لان كونها  
 نسخا بمقتضاها فان كان  
 كونها بيعا كذلك لزم الجمع  
 بين الحقيقة والمجاز وهو محال  
 والجواب لا يبي حنيفة رحمه  
 الله عما استدلل به أبو يوسف  
 من ثبوت الاحكام ما قبل  
 الشارع ببطل الاحكام فلا  
 يغير الحقائق فإنه أخرجه دم  
 الاستحاضة عن كونه  
 حدثا وفساد الاقالة عند

هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام فجاز أن يغير ويثبت في ضمن الاقالة وأما الاقالة فمن الحقائق فلا  
 يخرجها عن حقيقتها التي هي الفسخ اذا ثبت هذا أي ما ذكر من الأصل نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول

(قوله معناه على ذلك التقدير بعثك هذا العبد الخ) أقول مستعينا بالله تعالى لانسلم أن معناه ذلك بل معناه بعثك هذا العبد الذي كنت  
 بعته مني سابقا فانه ليس مجازا عن مطلق البيع بل عن بيع كائن بعد بيع بينهما في هذا المحل على ما ينادي عليه كلام الجيب وأيضا المجاز  
 خلف عن الحقيقة في حق الحكم عند أبي يوسف ومحمد كما حقق في علم الأصول (قوله وذلك يقتضي نفي سابقة العقد) أقول الاول  
 أن يقول لا يقتضي سابقة العقد (قوله لانه ليس لهم اولاية على غيرهما) أقول ليصرفا بموجب البيع عنه



لنعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله والفسخ على الزيادة ليس كذلك لان فيه رفع مالم يكن  
 زائدا وهو محال فيبطل الشرط لا الاقالة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط يشبه الربا لان فيه تفعلا لاحد المتعاطين وهو  
 مستحق بعد المعاوضة خازن عن العوض والاقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيه اشبه الشبهة فلا يؤثر في صحة  
 الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع فان الزيادة فيه اثبات مالم يكن بالعقد فيستحق الربا لان في الشرط شبهة الربا وهي معتبرة  
 وكذا ان الشرط الاقل من الثمن الاول لما بينا من ان رفع مالم يكن ثابتا محال والنقصان لم يكن ثابتا فرفعه يكون محالا الا ان يحدث في  
 المبيع عيب فجازت الاقالة بالاقل لان الخط يجعل بازاء مافات بالعيب وصورة هذه المسائل الثلاث ما اذا اشترى جارية بألف درهم وتقايلا  
 بألف درهم تحت الاقالة وان تقايلا بألف وخمسمائة صححت بالألف ولغاذ كر الباقي وان تقايلا بألف الائمة فان لم يدخلها عيب صححت  
 بألف ولغا النقص ووجب على البائع رد الالف على المشتري وان دخلها (٢٤٩) عيب صححت الاقالة بماسرط ويصير

المحطوط بازاء نقصان العيب  
 لانه لما احتبس عند  
 المشتري جزء من المبيع جاز  
 أن يحتبس عند البائع جزء  
 من الثمن وجواب الكتاب  
 مطلق عن أن يكون الخط  
 بمقدار حصة العيب أو  
 أكثر بمقدار ما يتغاب  
 الناس فيه أولا وقال بعض  
 المشايخ تأويل المسئلة ذلك  
 هذا عند أبي حنيفة  
 رحمه الله وعندهما في  
 شرط الزيادة يكون بيعا  
 لان الاصل هو البيع عند  
 أبي يوسف وعند محمد وان  
 كانت فسخا لكنه في الزيادة  
 غير ممكن وجعلها بيعا ممكن  
 فاذا زاد تعذر العمل بالمعقبة  
 فيصار الى الجازصون الكلام  
 العقلاء عن الالغاء ولا فرق  
 في الزيادة والنقصان عند  
 أبي يوسف لان الاصل  
 عنده هو البيع وعند محمد

لنعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع مالم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط  
 الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربا اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا  
 اذا شرط الاقل لما بيناه الا أن يحدث في المبيع عيب فيثبت جازت الاقالة بالاقل لان الخط يجعل  
 بازاء مافات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند أبي يوسف رحمه الله  
 وعند محمد رحمه الله جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا لهذا ابتداء البيع وكذا في شرط الاقل عند  
 أبي يوسف رحمه الله لانه هو الاصل عنده وعند محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الاول لا سكوت عن بعض  
 الثمن الاول ولو سكوت عن الكل وأقال يكون فسخا فهذا أولى بخلاف ما اذا زاد او ادخله عيب فهو فسخ  
 بالاقل لما بيناه ولو أقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ

أبي حنيفة ويبطل شرط الزيادة (لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة) واعا بطل لان الاقالة رفع ما كان  
 لا رفع مالم يكن لان رفع مالم يكن ثابتا محال ( ولم يكن الثابت العقد بذلك القدر فلا يتصور رفعه على مائة  
 توضحه أن رفعه على مائة ترجع الى المشتري والحال أنه لم يكن في الوجود العقد بمائة رفع مالم يكن له  
 وجود فلا رفع أصلا الا أن أصل العقد له وجود وياه عنيا بالاقالة غير أنهم ما زاداه شرط فاسدا فيثبت  
 الرفع ورفعها ويبطل بالشرط الفاسد الذي زاداه (بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها فيه ويتحقق به  
 الربا ويصير بيعا فاسدا فلا يتصور اثباتها في الرفع (وكذا اذا شرط الاقل) عنده يصح بقدر الثمن  
 الاول (لما بينا) أنه شرط فاسد فيبطل هو ويثبت قدر الاول (الآن) يكون (حدث بالمبيع  
 عيب) فيصح بالنقصان جعل الخط بازاء مافات بالعيب (وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان  
 الاصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد تعذر الفسخ على الزيادة فجعل بيعا وكذا في شرط الاقل  
 عند أبي يوسف يصح به لانه بيع (وعند محمد هو فسخ بالثمن الاول) باعتباره مريدا الاول لكنه سكوت عن  
 بعضه (ولو سكوت عن الكل) بأن قال أقتلك (يكون فسخا) عليه فاذا سكوت عن بعضه (أولى  
 بخلاف ما اذا زاد او ادخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا) من جعل الخط بازاء مافات من العيب  
 (فرع) باع صابونا رطبا ثم تقايلا بعد ما جف فنقص وزنه لا يجب على المشتري شيء لان كل المبيع  
 باق (قوله ولو أقال بغير الثمن الاول) بأن كان دراهم فأقال على دنائير تبلغ قيمته اقدرها (فهو فسخ

(٣٣ - فتح القدير خامس) الفسخ ممكن في فصل النقصان لانه لو سكوت عن جميع الثمن وأقال كان فسخا فهذا  
 أول واعتراض بأن كونه فسخا اذا سكوت عن كل الثمن إما ان يكون على مذهبه خاصة أو على الاتفاق والاول رد المختلف على المختلف  
 والثاني غير ناهض لان أبي يوسف انما يجزمه فسخا لا امتناع جعله بيعا لا انتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فان فيها ما يصلح  
 تمنافاذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل يعنى بالاتفاق لما بينا ان الخط يجعل بازاء مافات بالعيب ولو أقال بغير جنس الثمن الاول  
 فهو فسخ

(قال المصنف اما لا يمكن اثباتها في الرفع) أقول لفظا ما هنا ليس في مقامه والنظائر أن يقول بدله لكن (قوله والاول رد المختلف  
 على المختلف) أقول رد المختلف على المختلف ليس محذور عنده وله نظائر في هذا الكتاب مع أن المقصود من هذا الكلام اثبات أن ذلك  
 مذهبه فليأمل (قوله يعنى بالاتفاق) أقول اتفاق أبي يوسف لا يتناول بحث لعدم ظهور المانع من البيع

الزيادة ولو ولدت المبيعة ثم تقابلا بطلت الاقالة عنده لان الولد مانع من الفسخ هذا اذا ولدت بعد القبض أما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده وحاصله ما ذكره في الذخيرة ان الجارية اذا ازدادت ثم تقابلا فان كان قبل القبض صححت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال أو منفصلة كالولد والارث والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة وان كانت الزيادة بعد القبض ان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند أبي حنيفة لانه لا يحكمها الا فسحا وقد تعذر حقا للشرع وان كانت متصلة فهي صحيحة عنده لانها لا تمنع الفسخ بزمان له الحق في الزيادة بطلان حقه فيها والتقابل دليل الرضا فامكن تصحيحها فسحا والاقالة في المنقول قبل القبض فسخ بالاتفاق لامتناع البيع وأما في غيره كالعقار فانه فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وأما عند أبي يوسف فيبيع لجواز البيع في العقار قبل القبض عنده قال (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة الخ) هلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة

بالتن الاول عند أبي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما يتناه من وجه كل واحد منهما في فصل (٣٥٠) ثم تقابلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما تكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله كذا عند أبي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لا مكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها) لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن

بالتن الاول عند أبي حنيفة ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما يتناه من وجه كل واحد منهما في فصل (٣٥٠) محمد اذا تعذر جعله فسحا جعل بيعا (قوله ولو ولدت المبيعة ولدا) يعني بعد القبض (ثم تقابلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد) زيادة منفصلة والزيادة المنفصلة اذا كانت بعد القبض يتعذر معها الفسخ حقا للشرع بخلاف ما قبل القبض والحاصل أن الزيادة متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد والارث والعقر اذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ والرفع وان كانت بعد القبض متصلة فكذلك عنده وان كانت منفصلة بطلت الاقالة لتعذر الفسخ معها والاقالة لا تصح على قوله الا فسحا (وعندهما تكون بيعا) ومن ثمرات الخلاف أنهم مالوتقايلا في منقول فقبل أن يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري فاني اجاز البيع خلافا لأبي يوسف لان الممتنع البيع قبل القبض في البيع لا الفسخ ولو باعه من غير المشتري لا يجوز اتفاقا لانه يسع في حق الغير ولو كان غير منقول جاز بيعه من غير المشتري في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وثمره كونها بيعا في حق غيرهما في مواضع أيضا منها أن المبيع لو كان عقاراً لم يفسخ فسلم الشفعة في أصل البيع ثم تقابلا وعاد الى ملك البائع الشفيع أن يطلب الشفعة في الاقالة اتفاقاً ومنه أن المبيع لو كان صرفاً كان التقابض من الجانبين شرطاً في صحة الاقالة لانه مستحق الشرع فكانت بيعا جديداً في حق الشرع ومنها أنه لو اشترى شيئاً فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من آخر ثم تقابلا وعاد الى المشتري ثم أن البائع اشتراه من المشتري بأقل من الثمن قبل النقد جاز ويجعل في حق البائع كأنه ملكه بسبب جديد ومنها أن السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقابلا فليس الواهب الرجوع على البائع لان البائع في حق الواهب كأنه اشتراه (قوله وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها) ووجه الفرق أن المبيع مال حقيقة وحكم لانه عين متعين بخلاف الثمن لانه إمالي ليس بمال بل دين حقيقة وحكم فيما اذا لم يشر الى نقد وإما مال حكم لا حقيقة فيما اذا أشار اليه لعدم تعاقب العقد بما أشار اليه بل بمثله في ذمته والدين مال حكم لا حقيقة ولذا كانت البراءة منه تصح بلا قبول لعدم المالية الحقيقية غير أنها ترتد بالرد للمالية الحكيمة وهبة العين لا تصح بلا قبول بحال ولا تتأدى زكاة العين بالدين لان الدين انقص من العين في المالية ولا يتأدى الكامل بالتأقضى ولذا لم يثبت من حلف لماله وله ديون عظام واذا كان للبيوع هذه المزية وجب اظهارها وقد تعذر ذلك في ابتداء البيع لان حاجته الى المبيع والتمن سواء فإظهارها في البقاء فحتم البقاء المبيع حكماً مضافاً الى قيام المبيع فاذا هلك ارتفع البيع وان كان الثمن الدراهم باقية فامتنعت الاقالة اذ رفعه مالا وجوده لا يتصور وانما جازت الاقالة فيما اذا كان رأس مال السلم عرضاً معيناً وقبضه المسلم اليه ثم هلك باعتبار أن السلم في هذا كبيع المقايضة لان المسلم فيه مبيع شرعاً معقود عليه فقد اعتبر العين ثمناً والدين عيناً مبيعاً واذا لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه فجازت الاقالة ويضمن قيمة الهالك أو مثله في الاقالة كافي حقيقة المقايضة كما سئذ كراماً لو تقابلا والبذلان قائمان ثم هلك أحدهما اياً كان فالاقالة صحيحة

وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيام البيع فان رفع المبيع دون الثمن لان الأصل وعليه هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن لانه بمنزلة الوصف ولهذا جاز العقد وان لم يكن موجوداً كما عرفت في الأصول

## ﴿باب المراجعة والتولية﴾

لما فرغ مما يتعلق بالاصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفع ما شرع في بيان الانواع التي تتعلق بالثمن من المراجعة والتولية وغيرهما وقد ذكرنا في أول البيوع وروعدنا تفصيليا وهذا موضعه وعرف المراجعة بنقل ماملك بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة درج وعترض عليه بأنه غير مطرد ولا منعكس أما الاول فلان من اشترى دنائير بالدرهم مراجعة لا يجوز بيع الدنانير مراجعة مع صدق التعريف عليه وأما الثاني فلان المنعكس لا يبقى اذا عاين بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه من الغاصب مراجعة والتعريف ليس بصالح عليه لانه لا عقده وبأنه مشتمل على ايهام يجب عنه خلو التعريف وذلك لان قوله بالثمن الاول إما ان يراد به الثمن الاول او مثله لا سيل (٢٥٣) الى الاول لان عين الثمن الاول صار ملكا للبائع الاول فلا يكون عينه مرادا

## ﴿باب المراجعة والتولية﴾

قال (المراجعة نقل ماملك بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة درج

ما فرغ في فتاوى قاضيان وغيرهما باع أمة فأنكر المشتري الشراء لا يحل للبائع وطؤها الا ان عزم على ترك الخصومة فيحل له حينئذ وطؤها لان وجود المشتري فسخ في حقه واذا عزم على ترك الخصومة فقد تم الفسخ منهما وكذا لو أنكر البائع البيع والمشتري يدعي لا يحل للبائع وطؤها فان ترك المشتري الخصومة وسمع البائع بذلك حل له وطؤها ومثله لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلاثة أيام وقبضها ثم رد على البائع جارية أخرى في أيام الخيار وقال هي التي اشتريتها وقبضتها كان القول له لانه أنكر قبض غيرها فان رضى البائع بها حل له وطؤها لان المشتري لما رد أخرى فقد رضى بتلك البائع الثانية بالاولى فاذا رضى البائع بذلك تم البيع بينهما بالتعاطي وكذا القصار والاسكاف وكذا لو اشترى شيئا مما يتسارع اليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وذهب المشتري الى بيته ليحجي بالثمن فطال مكثه وخاف البائع فساد ما كان له أن يبيعه من غيره استحسننا وللمشتري منه أن يتفقع به وان كان يعلم ذلك لان البائع رضى بانفساخ البيع الاول والمشتري كذلك ظاهر اثم يتظر ان كان الثمن الثاني أكثر من الاول فعليه أن يتصدق بالزيادة وان كان انقص فالنقصان على البائع لاعلى المشتري الاول ولو اختلف البائع والمشتري فقال المشتري بعته من البائع بأقل من الثمن الاول قبل نقده وفسد البيع بذلك وقال البائع بل أقولنا به فالقول للمشتري مع عينه في انكاره الاقالة فان كان البائع هو الذي يدعي انه اشتراه من المشتري بأقل مما باعه والمشتري يدعي الاقالة يخلف كل على دعوى صاحبه

## ﴿باب المراجعة والتولية﴾

(قوله المراجعة نقل ماملك بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة درج والتولية نقل ماملك بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة درج) أورد عليه ما لو باع دنائير اشتراها بدرهم مراجعة لا يجوز مع صدق التعريف عليه وأجيب عنه في بعض المواضع بأنه بيع مراجعة وكونه لا يجوز شيء آخر واعلم ان معنى السؤال المراجعة جائرة بلا استثناء شيء وهذا مما صدقناه فيجب ان يجوز لكنه لا يجوز والجواب عنه بأن المراد نقل ماملك مما هو يبيع متعين بدلالة قوله بالثمن الاول فان كون مقابله غنما مطلقا فيفسد أن ماملك بالضرورة مبيع مطلقا ثم انما يجوز المراجعة في ذلك لان بدل الصرف لا يتعينان فلم تكن عين

في البيع الثاني ولا الى الثاني لانه لا يتخلل ما أن يراد المثل من حيث الجنس أو المقدار والاول ليس بشرط لما ذكر في الايضاح والمحيط انه اذا باعه مراجعة فان كان ما اشتراه به مثل جاز سواء جعل الربح من جنس رأس المال الدرهم أو من غير الدرهم من الدنانير أو من غير الدنانير أو على العكس اذا كان معاوما يجوز به الشراء لان الكل ثمن والثاني يقتضي أن لا يضم الى رأس المال أجرة القصار والصباغ والطاراز وغيرها لانها ليست بثمن في العقد الاول على ان الثمن ليس بشرط في المراجعة أصلا فانه لو ملك ثوبا بهيمة أو ووصية فقومه ثم باعه مراجعة على تلك القيمة جاز والمستل في المبسوط قيل فعلى هذا الاولى أن يقال نقل ماملك من السلع مما قام عنده

## ﴿باب المراجعة والتولية﴾

(قوله من البيوع اللازمة وغير اللازمة) أقول من الذي فيه الخيار ومن الفساد (قوله أما الاول الى قوله فالاثنان المنعكس) أقول المسئلة في قاضيان (قوله وذلك لان قوله بالثمن الاول الخ) أقول الثمن الاول غير متعين فكيف تكون عينه ملكا للبائع ويشهد عليه تعليل عدم جواز المراجعة في الصرف والاولى أن يقول لا سيل الى الاول اذ لا يتصور ذلك (قوله من جنس رأس المال الدرهم) أقول قوله الدرهم بدل من رأس المال (قوله من الدرهم) أقول بيان الجنس (قوله أو من غير الدرهم) أقول عطف على من جنس (قوله من الدنانير) أقول بيان لغير (قوله أو على العكس الخ) أقول بأن يكون رأس المال دنائير ولا يخفى عليك ان ما نقله من ذلك الكتابين انما يدل على عدم اشتراط مماثلة الربح لرأس المال جنسا لا على عدم شرطية مماثلة الثمن الثاني للاول في الجنس

والجواب عن الاول اننا انسلم صدق التعريف عليه فانه اذا لم يحز البيع لا يصدق عليه النقل وعن الثاني بان المراد بالعقد اعم من ان يكون  
استداه او انتهاه واذا قضى الشاقي بالقيمة عاد ذلك عقدا حتى لا يقدر المالك (٣٥٣) على رد القيمة واخذ المغصوب

والتولية نقل مامله بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح (والبيعتان جائزان

هذه الدنانير متعينة لتلزم مبيعها والذي يلزم ورود على التقدير الذي يحتمل ان لا يرد ما اذا اشتراء بثمان  
نسبة لا يجوز ان يربح عليه مع انه يصدق النقل بالثمن الاول الا ان يقال اذا كان فيه اجل فالثمن الاول  
بقابلية نشيئين فلم يصدق في احدهما انه يمثل الثمن الاول والخو انه وارد على الطرد وكون المراجعة غير  
مراجعة هو معنى عدم وجودها شرعا فيرد السؤال وعلى عكسه سائل الاول ما اذا ابقى العبد المغصوب  
نقضى بقيته على الغاصب ثم عاد للغاصب ان يبيعه مراجعة آيا القيمة التي اداها فهذا بيع مراجعة ولا  
يصدق عليه نقل مامله بالثمن الاول وكذا اذا باعه مراجعة بما قام عليه وكذا لو ملكه بهيمة او ارث  
او وصية وقومه قيمته ثم باعه مراجعة على تلك القيمة انه يجوز وصورة هذه المسئلة ان يقول قيمته كذا او  
رقه كذا ان اربح على القيمة او رقه ومعنى الرقم ان يكتب على الثوب المشتري مقدار اسواء كان قدر الثمن  
او ازيد ثم يربحه عليه وهو اذا قال رقه كذا او هو صادق لم يكن خائفا فان غير المشتري فيه فن قبل جهله  
واجب عما حاصله ان الغصب ملحق بالمعاوضات ولذا صح اقرار المأذون به لما كان اقراره بالمعاوضات  
جائزا فالقيمة بالقضاء به بمنزلة الثمن الذي اشتري به وصرح في الفتاوى الكبرى في مسئلة الغصب انه  
يقول قام على بكذا وجواب الثانية يا ترى في هذا الكتاب والمالمة ما ذكرنا من ان معنى المراجعة على عدم  
التيانة وهو اذا قال قيمته كذا او رقه كذا او هو صادق لم يكن خائفا والحق انه لا يدفع ما على عكس الحد وهو  
ان المراجعة نقل مامله بالثمن الاول مع زيادة ربح ولا عن سابق أصلا والله أعلم ومما يرد ايضا ما اذا كان  
رأس المال عبدا مثلا فباع المبيع مراجعة على العبد من صارا اليه العبد يربح معين فانه يجوز مراجعة  
ولا يصدق عليه انه يمثل الثمن الاول فانه بعينه لا يمثل ويجاب بان هذا العبد في حكم عبدا آخر لان اختلاف  
الاسباب يوجب اختلاف الاعيان (قوله والبيعتان جائزان) استدلل على جوازهما بالمعنى وعلى  
التولية بالنص فقال ان النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره وفي التولية أحاديث لا شبهة فيها منها ما أخرج  
عبد الرزاق أخرنا من عمر بن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم  
قال التولية والآالة والشركة سواء لا بأس به ولا خلاف في مرسل سعيد أخرنا بن جريج عن ربيعة عن  
النبي صلى الله عليه وسلم حديثا مستقاضا بالمدينة قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه  
الا أن يشرك فيه أو يولييه أو يقبله وحديث أبي بكر الذي ذكره المصنف في البخاري عن عائشة وفيه ان  
أبا بكر قال للنبي صلى الله عليه وسلم خذ بأبي أنت وأمي احدى راحتي خاتين فقال صلى الله عليه وسلم  
بالثمن أخرجه في بدء الخلق وفي مسند أحمد قال صلى الله عليه وسلم قد أخذتم بالثمن وفي الطبقات  
لأبي سعد وكان أبو بكر قد اشتراها بثمانمائة درهم من نعم بن قشير فأخذ أحدهما وهي القصواء  
رواه المصنف يصح بالمعنى وتفصيله قريب مما ذكر ابن اسحق في السيرة قال فيها لما قرب أبو بكر الراحيتين  
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم أفضلهما ثم قال له اربك فدله أبي وأمي فقال رسول الله صلى الله  
عليه وسلم لا أربك بعير اليس لي قال فنهى لك يا رسول الله قال لا ولكن بالثمن الذي ابتعتها به قال كذا  
وكذا قال قد أخذتم بذلك قال هي لك يا رسول الله فركبوا وانطلقا ذكر السهم لي عن بعض أهل العلم انه سئل  
لم يقبها الا بالثمن وقد أنفق عليه أبو بكر أضعاف ذلك وقد دفع اليه حين بنى بعائشة ثنتي عشرة أوقية  
حين قال له أبو بكر ألا تبني بأهلك يا رسول الله فقال لولا الصداق قد دفع اليه ثنتي عشرة أوقية ونشأوا  
هنا عشرون درهما فقال انما فعل لشكون الهجرة منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله رغبة منه صلى  
الله عليه وسلم في استكمال فضل الهجرة الى الله تعالى وان يكون على أتم أحوالها وهو جواب حسن

والمراد بالمثل هو المثل في  
المقدار والمادة جرت الخاق  
ما يزيد في المبيع أو قيمته  
الى رأس المال فكان من  
جملة الثمن الاول عادة واذا لم  
يكن الثمن نفسه مرادا  
يجعل مجازا عما قام عنده  
من غير خيانة فتدخل فيه  
مسئلة المبسوط وانما عبر  
عنه بالثمن لكونه العادة  
الغالبية في المراجعات فيكون  
من باب ترك الحقيقة للعادة  
(قوله والتولية نقل مامله  
بالعقد الاول بالثمن الاول  
من غير زيادة ربح) يرد عليه  
ما كان يرد على المراجعة من  
حيث لفظ العقد والثمن  
الاول والجواب الجواب  
(والبيعتان جائزان)

(قوله والجواب عن الاول  
انا انسلم صدق التعريف  
عليه الخ) أقول فيه بحث  
فانه لا يجوز البيع الفاسد  
ويصدق عليه مبادلة المال  
بالمال ويجوز أن يقال  
المعرف ههنا المراجعة  
الصحيحة والمراد بالنقل هو  
النقل الصحيح الشرعي  
لان المطلق ينصرف الى  
الكامل ثم أقول ويمكن أن  
يجاب عن أصل الاعتراض  
الاول بأن يقال المراد بما  
ملكه هو الماولة المعهود  
الذي كان الكلام الى هنا  
فيه أعنى السلع أو المراد

بالعقد الاول العقد المعهود الذي كانت كلام فيه وهو بيع العين بالثمن فان السلم والصرف لم يسبق الكلام فيهما والفرق بين الجوابين  
ظاهر فان الاول أشمل (قوله واذا لم يكن الثمن نفسه مرادا يجعل مجازا الخ) أقول لا بد لامجاز من قرينة وهي غير ظاهرة هنا

لا اجتماع شرائط الجواز وتعامل الناس من غير انكار ولباس الحاح لان الغبي الذي لا يهتدى في التجارة والصفة كاشفة يحتاج الى ان يعتمد على فعل الذي المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشتراه ويزاد ربح وقد صحت التولية من النبي صلى الله عليه وسلم كما ذكره في الكتاب فوجب القول بجوازهما لوجود مقتضى وانتفاء المانع (ولهذا) أي للاحتياج الى الاعتماد كان ميسر المبيعين أي يسهل اعتمادهم على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهها وأكذبه قوله والاحتراز عن الخيانة وأصاب لا قضاء المقام ذلك وعن هذا تصح المراجعة والتولية فيما اذا كان الثمن الاول من ذوات القسيم لان المعادلة والممانعة في ذوات القيم انما تعرف بالحزر والظن فكانت قيمته غير معتمدة الممانعة بشبهة الخيانة كما لم تجز (٣٥٤) المجازفة في الاموال الربوية لذلك وكل ما حرم مابنه لان الحرمة مما

يحتاج فيه قال (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض مماثلة لمثل الخ) لا تصح المراجعة والتولية في ذوات القيم لما ذكرنا آنفا ان مباديها على الاحتراز عن الخيانة وشبهها والاحتراز عن الخيانة في القيمات ان أمكن وقد لا يمكن عن شبهة لان المشتري لا يشتري المبيع الا بقيمة ما وقع فيه من الثمن اذا لا يمكن دفعه عنه حيث لم يملكه ولا دفع منه اذ الفرض عدمه فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف بالحزر والظن فيمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان المشتري باعه مراجعة ممن ملائ ذلك البديل من البائع الاول بسبب من الاسباب فانه يشترط مراجعة ربح معصوم من دراهم أو شيء من المكسب والمنوزون الموصوف لا تقديره على الرضاء بما التزم وأما اذا

لا اجتماع شرائط الجواز والحاجة مما به الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدى في التجارة يحتاج الى ان يعتمد على فعل الذي المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشتري ويزاد ربح فوجب القول بجوازهما وليذا كان مباديها على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهة ما قد صحت ان النبي صلى الله عليه وسلم لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر رضي الله عنه بعشرين فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ولني أحدهما فقال هو لك بعشرين فقال عليه الصلاة والسلام أما بغريغري فلا قال (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض مماثلة لمثل) لانه اذا لم يكن له مثل لم يملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة (ولو كان المشتري باعه مراجعة ممن يملك ذلك البديل وقد باعه بربح درهم أو شيء من المكسب موصوف جاز) لانه بقدر على الرضاء التزم (وان باعه بربح ده يارده لا يجوز) لانه باعه برأس المال وبعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال وأما المعنى فهو قوله (لا اجتماع شرائط الجواز) ولما يكف ثبوت الشرائط في الشرعية أفاد عليها بقوله (والحاجة ماسة الى هذا النوع من التصرف لان الغبي الذي لا يهتدى في التجارة يحتاج الى ان يعتمد) على (فعل المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشتري ويزاد ربح فوجب القول بجوازهما) ولا يخفى انه لا يحتاج الى دليل خاص بجوازهما بعد الدليل المثبت لجواز البيع مطلقا بما تراضيا عليه بعد ان لا يحل بماعلم شرط الصحة بل دليل شرعية البيع مطلقا بشرطه المعلومة هو دليلي جوازهما اذا لازمة فيهما الا اقرارهما بما بأخبار خاص اذ حاله أنه يبيعه بثمن كذا بخبره بأن ذلك الثمن الذي اشتري به أو مع زيادة لا ارضى بدونها ومن معرفة شروط صحة البيع يعلم المذكور بقوله (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض) يعني الثمن (مماثلة لمثل) كالنقد والخطبة والشعير وما يكال وبوزن والعدي المنقارب بخلاف غير المنقارب كالبطيخ والمان ونحوهما (لانه لو لم يكن له مثل) بان اشتري ثوبا ببعدين مقايضة مثلا لوراجة أو ولاده ياب كان يباع بقيمة عبد صفة كذا أو بقيمة عبد ابتداء وهي مجهولة وذلك معلوم أنه لا يجوز ائماله كان ما اشتراه وصل الى من يبيعه منه فراجحة عليه بربح معين كان يقول أبيعك مراجعة على الثوب الذي يبدله وربح درهم أو كرسعير أو ربح هذا الثوب (جاز لانه بقدر على الرضاء بما التزمه) من الثمن بخلاف (ماله باعه) والحالة هذه (ربح ده يارده) فانه لا يجوز لانه باعه برأس المال و يبيع قيمته) فان معنى ده يارده كل عشرة أحد عشر وهذا فرع معرفة عدد العشرات وهو بتقويم العبد وهذا بناء على ان لفظ ده يارده ومعناه العشرة أحد عشر أي كل عشرة ربحها واحد يقتضي ان يكون الحادي عشر من جنس العشرة ولا شك انه غير لازم من مفهوم ذلك ولكن لزوم ذلك رفعاً للجهالة ولا ثبت وحيث قد فالمراجة على العبد يارده تقتضي أنه باعه بالعبد و يبعثه أو بمثل بعضه وهو كل عشرة أجزاء من العبد ربحها جزء آخر منه وحين عرف ان المراد كل عشرة دراهم أحد عشر لزم حينئذ ما ذكر

اشترى بربح ده يارده مثلاً أي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشر من درهما كان الربح درهمين وان كان ثلاثين كان ثلاثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال و يبيع قيمته لانه ليس من ذوات الامثال فصار البائع بائعاً للمبيع بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلاً أو بجزء من أحد عشر جزءاً عن الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز ثمن الثمن الاول ان كان نقد البلد فالربح ينصرف اليه وان كان غيره فلا يجوز ائماله ان أطلق الربح أو ينسب الى رأس المال فان كان الاول كما اذا قال بعتك بالعشرة وربح درهم فالربح من نقد البلد وان كان الثاني كقوله بعتك بربح العشرة أو ده يارده فالربح من جنس الثمن الاول لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته وهو



(ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والطراز والصبغ والقتل وأجرة حمل الطعام) لأن العرف جارٍ بالخلاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار ولأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به هذا هو الأصل وما عدناه بهذه الصفة لأن الصبغ واخواته يزيد في العين والجل يزيد في القيمة إذا القيمة تختلف باختلاف المكان (ويقول قام على بكذا ولا يقول اشترى به بكذا) كي لا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الجل بخلاف أجرة الراعي وكذا عيب الحفظ لأنه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف أجرة التعليم لأن ثبوت الزيادة لعنى فيه وهو حذائقته

وهو أنه بابه العبد و يبعث قيمته <sup>و</sup> ومن فروع ذلك <sup>ي</sup> اشترى عبد بعشرة خلاف نقد البلد  
وباعه بربح درهم فالعشرة مثل ما نقد والربح من نقد البلد اذا أطلقه لان الثمن الاول يتعين في العقد  
الثاني والربح مطلق فيتم صرف الى نقد البلد فان نسب الربح الى رأس المال فقال بعثك بربح العشرة  
أحد عشر أو بربحه يارده فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بنسبته اليه وفي المحيط اشترى ينقد  
نيسابور وقال بيلم قام على بكذا أو باعته بربح مائة أو بربحه يارده فالربح ورأس المال على نقد بلخ  
الآن يصدقه المشتري انه نقد نيسابور أو تقوم بيته وإذا كان نقد نيسابور في الوزن والجودة دون نقد بلخ  
ولم يبين ف رأس المال والربح على نقد نيسابور وان كان على عكسه واشترى بيلم بنقد نيسابور ولم يعلم أنه  
أوزن وأجوده فهو بالخيار ان شاء أخذ وان شاء ترك واعلم ان المعنى في المراجعة ما وقع العقد الاول عليه  
دون ما دفع عوضا عنه حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها دينار أو ثوب بقيته عشرة أو أقل أو أكثر فان رأس  
المال هو العشرة لا الدينار والثوب لان وجوب هذا بعقد آخر وهو الاستبدال (قوله) ويجوز ان  
يضيف الى رأس المال أجرة القصار (الصبغ) أسود كان الصبغ أو غيره (والطراز والقتل وأجرة حمل  
الطعام) برا أو بحرا (لان العرف جار بالحق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار والاصل ان كل  
ما يزيد في المبيع أو في القيمة يلحق به) أي برأس المال (وما عدناه من هذه الصفة لان الصبغ واخوانه)  
من الطراز والقتل (يزيد في العين والحمل) من مكان الى مكان (يزيد في القيمة لاختلاف القيمة  
باختلاف الاماكن) قال في الايضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتشبه في بعض المواضع والمعنى المعتمد  
عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها (و) اذا ضم ما ذكر (يقول قام على بكذا ولا يقول اشترى به  
بكذا تحوزا عن الكذب وسوق الغنم) والبقرة (كالحمل) يضمه (بخلاف أجرة الراعي والبيت المحنظ  
لانه لا يزيد في العين) ولا القيمة فلا يضم وكذا سائر الرقيق وحافظهم وحافظ الطعام والمنافع بخلاف  
سائر الغنم (و) كذا (أجرة تعليم العبد) صناعة أو قرآناً أو علماً أو شعراً (لان ثبوت الزيادة لمعنى  
فيه) أي في المتعلم (وهو حذاقته) فلم يكن ما أنفق على المعلم موجبا لزيادة في المسالمة ولا يخفى ما فيه  
اذ لا شك في حصول الزيادة بالتعلم ولا شك انه مسبب عن التعليم عادة وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم  
هو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمتنع نسبته الى التعليم كما لا تمتنع نسبته الى الصبغ فانما هو شرط والتعليم عادة  
عادية فكيف لا يضم وفي المبسوط أضاف نفق في التعليم الى أنه ليس فيه عرف قال وكذا في  
تعليم الغناء والعربية قال حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحق برأس المال وكذا لا يلحق أجرة الطبيب  
والرائض والبيطار وجعل الآتي لانه نادر فلا يلحق بالسائق لانه لا عرف في النادر والنجامة والخمان لعدم  
العرف وتضم أجرة السمسار في ظاهر الرواية وفي جامع البرامكة لا تضم لان الاجارة على الشراء  
لا تصح الا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل ان كانت مشروطة في العقد تضم وقيل  
أجرة الدلال تضم كل هذا لم تجر عادة التجار ولا يضم من الجلال ونحوها في الدواب وتضم الثياب  
في الرقيق وطعامهم الا ما كان سرفا وزادة ويضم علف الدواب الا أن يعدد عليه شيء متساو منها  
كاللبان ووصوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف ما اذا أجرة الدابة أو العبد والدار فأخذ

ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والصبغ والطرز والفتل وأجرة حمل الطعام لأن العرف جارٍ بالحق هذه الأشياء رأس المال في عادة التجار لأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به هذا هو الأصل وهذه الأشياء تزيد في ذلك فالصبغ واخوانه يزيد في العين والجل يزيد في القيمة لأنها تختلف باختلاف المكان فيلحق به وبه قول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كي لا يكون كاذبا لأن القيام عليه عبارة عن الحصول بما غرم وقد غرم فيه القدر المسمى وإذا باع بالرقم يقول رقه كذا فأنا أبيعته مرابحة وسوق الغنم بمنزلة الجمل بخلاف أجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لأنه لا يزيد في العين ولا في القيمة وبخلاف أجرة التعليم فإذا أنفق على عبده في تعلم عمل من الأعمال دراهم لم يلحقها برأس المال لأن الزيادة الحاصلة في المالية باعتبار معنى في المتعلم وهو الحذق والذكاء لا باعتبار نفق على العلم وعلى هذا أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الأبقار والحمام والخنازير

## والحمام والخيلتان

(فان اطلع المشتري على خيانة في المراجعة) إما بالبيئة أو باقرار البائع أو بسكوله عن العين (فهو بالخيار عند أبي حنيفة ان شاء أخذ بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن وقال أبو يوسف يحط فيها) أي في المراجعة والتولية (وقال محمد بخير فيهما) لحمدان الاعتبار (٣٥٦)

فان اطلع المشتري على خيانة في المراجعة فهو بالخيار عند أبي حنيفة رحمه الله ان شاء أخذ بجميع الثمن وان شاء تركه (وان اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن وقال أبو يوسف رحمه الله يحط فيهما وقال محمد رحمه الله بخير فيهما) لحمد رحمه الله ان الاعتبار للحمية لكونه معازما والتولية والمراجعة ترويج وترغيب فيكون وصفهما موصفاً للسلامة وفواته يوجب التخيير (ولابي يوسف ان الاصل في هذا العقد كونه حراجة وتولية) ولا التسمية ولهذا قال وليست بالثمن الاول أو بعثك حراجة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوماً فلابد من البناء على الاول وذلك بالخط غيرانه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المراجعة منه ومن الربح ولا يبي حنيفة رحمه الله انه لو لم يحط في التولية لاتبقت تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الخط وفي المراجعة لم يحط بتبقي حراجة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير فلو ذلك قبل ان يرد أو حدث فيه ما يمنع الفسخ بزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابل شيء من الثمن

أجرته فانه يراجح مع ضم ما تنفق عليه لان الغد لا ليست متولدة من العين وكذا إذا جازة أصاب من بيضمها بحسب بماله وبما تنفق ويضم الباقي وتضم أجرة التخصيص والتطين وحفر البئر في الدار والقناة في الارض ما بقيت هذه فان زالت لا تنضم وكذا سقي الزرع والكرم وكسحه ولو قصر الثوب بنفسه أو طين أو عمل هذه الاعمال لا يضم شيأ منها وكذا لو طوق مع متطوع بمهذبه الاعمال أو باعارة (قوله فان اطلع المشتري على خيانة في المراجعة) إما باقرار البائع أو بالبيئة أو بسكوله عن العين وقد ادعا المشتري هذا على المختار وقيل لا تثبت الا باقراره لانه في دعوى الخيانة منافض فلا يتصور بيئته ولا تكول والحق سماعها كدعوى العيب ودعوى الخط فانها تسمع (فهو بالخيار عند أبي حنيفة رحمه الله ان شاء أخذ بجميع الثمن وان شاء تركه) وان اطلع عليها في التولية يحط قدرها (وقال أبو يوسف يحط فيهما) أي في المراجعة والتولية وهو قول الشافعي (وقال محمد بخير فيهما) وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى (لحمد أن الاعتبار فيه ليس بالالتسمية) لان الثمن به يصير معلوماً به يعتقد البيع ولا خيار بانه الثمن الاول فيه لا يتعلق الانعقاد به انما هو (ترويج وترغيب فيكون وصفهما موصفاً بانه كوصف الكتابة والخياطة (فبقواته) بظهور أن الثمن ليس ذلك (بختير ولا يبي يوسف أن الاصل فيه) أي في عقد المراجعة والتولية (كونه تولية وحراجة) وذلك بالبناء على الثمن الاول فيتعلق به العقد باعتباره تولية وحراجة عليه (وذلك بالخط غيرانه يحط في التولية مقدار الخيانة من رأس المال وفي المراجعة يحطه منه ومن الربح) على نسبتته حتى لو راجح في ثوب على عشرة بخمسة فظهر أن الثوب بثمانية يحط ثلاثة دراهم من الثمن درهمين من رأس المال ومن الربح خمسة وهو درهم (ولابي حنيفة) في الفرق بينهما كما قال أبو يوسف في التولية وهو (أنه لو لم يحط فيها لاتبقت تولية لانه يزيد على الثمن الاول) والعقد انما تعلق باعتبارها متغير التصرف الى بيع آخر بثلث آخر ولم يوجد ذلك المبيع الاخر (و) أما (في المراجعة لم يحط) لا يخرج عن كونها حراجة لتغير التصرف (وان كان يتفاوت الربح) فانه يظهر أن الربح أكثر مما ظنه المشتري (فأمكن القول) ببقاء العقد ولكن بخير ما ذكره من فوات الوصف المرغوب فيه (فلو ذلك) المبيع (قبل أن يرد) أو استهلكه (أو حدث فيه ما يمنع الفسخ بزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابل شيء من الثمن

بتعاقب العقد بالمسحى (والتولية والمراجعة ترغيب وترويج فيكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة) وفواته يوجب التخيير (ولابي يوسف ان الاصل في هذا العقد كونه حراجة وتولية) لا التسمية ولهذا قال وليست بالثمن الاول أو بعثك حراجة على الثمن الاول والحال انه معلوم واقتصر على التسمية صح العقد والتسمية كالتفسير فاذا ظهرت الخيانة بطلت صلاحيتها لذلك فبقي ذكر المراجعة والتولية فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول فيحط الخيانة في الفصلين جميعاً غيرانه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وهو ظاهر وفي المراجعة من رأس المال والربح جميعاً كما اذا اشترى ثوباً بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر أن الثمن الاول ثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح درهماً فمأخذ الثوب باثني عشر درهماً (ولابي حنيفة) انه لو لم يحط في التولية لاتبقت تولية لانها تكون بالثمن الاول وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز

أن لا تبقى تولية لثلاثين فيغير التصرف فتعين الخط وفي المراجعة لم يحط بتبقي حراجة كما كانت من غير تغير الصرف لكن يتفاوت الربح فيختبر بذلك لفوات الرضا فلو ذلك المبيع قبل أن يرد أو استهلكه أو حدث فيه ما يمنع الفسخ في بيع المراجعة فن قال بالخط كان له الخط (ومن قال بالفسخ بزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابل شيء من الثمن

كخيار الشرط والرؤية وقد تعذر الرد بالهلاله أو غيره فيسقط خياره بخلاف خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لأجل العيب لأن المستحق للشئ علة المطالبة بتسليم الجزء الفائت (٣٥٧) فسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه

وقد بالرواية والظاهر احترازاً عما روى عن محمد بن غفران رواية الأصول أنه يفسخ البيع على التوبة إن كانت أقل من الثمن دفعاً للضرر عن المشتري قال (ومن اشترى ثوباً ببيعته) البرج (الكلام في وضع هذه المسئلة وصورته انطاسر وانما الكلام في دليلها) قال العـ قد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول) وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يجوز بناء المراجعة عليه كما إذا تخلل ثالث بأن اشترى من مشتري مشتريه (وقال أبو حنيفة شبهة حصول الرجوع بالحصول الأول ثابتة) (بالعقد الثاني لأنه كان على شرف السقوط) بأن يرد عليه بعيب فاذا اشتراه من المشتري تأكد ما كان على شرف السقوط ولتأكد في بعض المواضع حكم الإيجاب كالمشهدوا على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعوا ضمنوا نصف المهر لتأكد ما كان على شرف السقوط وإذا كانت شبهة الحصول ثابتة صار كأنه اشترى بالعقد الثاني ثوباً وخمسة دراهم بعشرة فالخمس بأزاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه من المراجعة على خمسة احترازاً عن شبهة الخيانة فإنها حقيقة احتياطاً في بيع المراجعة

كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لأنه المطالبة بتسليم الذات فيسقط ما يقابله عند زوال (ومن اشترى ثوباً ببيعته) البرج ثم اشترى ثوباً ببيعته من المراجعة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فإن كان استغرق الثمن لم يبيعه من المراجعة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يبيعه من المراجعة على الثمن الأخير) صورته إذا اشترى ثوباً بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشترى بعشرة فأنه يبيعه من المراجعة بخمسة ويقول قام على خمسة ولو اشترى بعشرة وباعه بعشرين من المراجعة ثم اشترى بعشرة فأنه يبيعه من المراجعة أصلاً وعند أبي حنيفة من المراجعة على العشرة في الفصلين إلهاماً أن العقد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول فيجوز بناء المراجعة عليه كما إذا تخلل ثالث ولا يبيعه من المراجعة على العشرة إلا في صورة ثبوت كذبته بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب شبهة كالحقيقة في بيع المراجعة احتياطاً

كخيار الرؤية والشرط) وفيه ما يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ فكذلك هنا وهو المشهور من قول محمد (بخلاف خيار العيب) لأن المستحق فيه جزء فائت يطالب به (فيسقط ما يقابله إذا عجز عن تسليمه) وأما على قول أبي يوسف فإلهام ذلك المبيع أو انتقص يحط وقوله في الروايات الظاهرة احترازاً عما عمن محمد بن غفران رواية الأصول أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن حتى يدفع الضرر عن المشتري بناء على أصله في مسئلة التحالف بعد هلاله الساعة أنه يفسخ بعد التحالف دفعاً للضرر عن المشتري ويرد القيمة ويسترد الثمن (قولاً ومن اشترى ثوباً ببيعته) البرج ثم اشترى من المراجعة منه مثلاً ما باعه (فإن باعه من المراجعة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فإن كان) الرجوع (استغرق الثمن لم يبيعه من المراجعة) إلا أن يبين (هذا عند أبي حنيفة) وهو مذهب أحمد (وقال أبو يوسف ومحمد يبيعه من المراجعة على الثمن الأخير) وهو قول الشافعي ومالك رحمه الله (صورته إذا اشترى ثوباً بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشترى بعشرة) من باعه منه بعد التقابض فإنه يطرح عن هذه العشرة التي اشترى بها منه الخمسة التي ربحها (فيبيعه من المراجعة) على خمسة (ويقول قام على خمسة ولو اشترى بعشرة فباعه بعشرين من المراجعة ثم اشترى من المراجعة منه) (بعشرة لا يبيعه من المراجعة أصلاً) إلا أن يبين فيقول هذا كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشترى بعشرة وأنا أبيع به ربح كذا على هذه العشرة (وعند أبي حنيفة من المراجعة على) الثمن الأخير وهو (عشرة في الفصلين) من غير بيان (لهما أن العقد الثاني) وإن كان من كان باعه منه فهو (عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول) ولذا لو كان في الأول خيار لا يكون في الثاني وعلى العكس فلا يدخل فيه ما قبله من المراجعة أو وضعية ولذا لو كان أصله شبهة أو ميراثاً فباعه ثم اشترى كان له أن يبيعه من المراجعة على الثمن الأخير ولا يعتبر ما كان قبله واللام تجز المراجعة أصلاً وهذا لأن البشراء الثاني يتجدد له ملك غير الأول لأن اختلاف الأسباب كاختلاف العين على ما عرف وصار (كالمخلل ثالث) بأن اشترى بعشرة من المشتري من المراجعة من المراجعة (ولا يبيعه من المراجعة) (شبهة حصول الرجوع بالعقد الثاني ثابتة لأنه ينا كذبه) أي بالعقد الثاني (ما كان على شرف السقوط) من ذلك الرجوع (بأن يظهر) المشتري (على عيب) فيرده فيزول الرجوع عنه فاذا اشترى منه تأكد أي تقرر ملكه لذلك الرجوع وللتأكد في بعض المواضع حكم الإيجاب كما في شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتأكد ما كان على شرف السقوط بتقبيل ابن الزوج أو بارتداد وعلى اعتبار التأكد كيندي بصير البائع في مسئلتهما مشترياً بالعقد الثاني ثوباً وخمسة دراهم بعشرة فمكون الخمسة بأزاء الخمسة وبيعت الثوب بخمسة وهذا الاعتبار واجب (لأن الشبهة في المراجعة ملحقمة بالحقيقة احتياطاً في بيع المراجعة

(٣٣ - فتح القدير خامس) (قوله شبهة حصول الرجوع إلى قوله بالعقد الثاني) أقول قوله بالعقد الثاني متعلق بحصول (قوله لأنه كان على شرف السقوط الخ) أقول سيحى تطهير في كتاب الأكرام

ولهذا لو كان راجل على آخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب من ارجحة على العشرة لان الصلح مبناه على التجوز والخطيئة ولو وجدنا لخط حقيقة ما جاز البيع من ارجحة فكذلك اذا اعتكفت الشبهة وعورض بأنه لو كان كذلك ما جاز الشراء بعشرة فيما اذا باعه بعشرين لانه يصير في الشراء (٣٥٨) الثاني كأنه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول

ولهذا لم تجز المراجعة فيما أخذ بالصلح لشبهة الخطيئة فيصير كأنه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح عنه خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لأن التأكيده حصل بغيره قال (واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه يبيعه من ارجحة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد) لان في هذا العقد شبهة العدم يجوز مع المنافي فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة وبقي الاعتبار الاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني

ولهذا لم تجز المراجعة فيما أخذ بالصلح لشبهة الخطيئة) لان الغالب في الصلح ذلك فيجب أن يبيعه من ارجحة على خمسة فان قيل لو كان كذلك ينبغي أن لا يجوز الشراء بعشرة فيما لو باع بعشرين لانه على هذا التفسير يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول الثوب بلا عوض أجيب بأن التأكيده حصل بشبهة الايجاب احتراز عن الخيانة وذلك يتحقق بالنسبة الى العباد بالنسبة الى الشرع وشرعية المراجعة لمعنى راجع الى العباد لا الشرع واذا اذارضى المشتري به وقد علم يجوز ولو كان حق الشرع لم يجز بتراضيهما كما في الربا لوضاياه وأورد على هذا ما لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه من ارجحة بعشرة وأجيب بأنه ممنوع في زوايه وبمقتدر التسليم فالبيع الثاني وان كان يتأكد به انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال ولا تثبت هذه الكالة الا في عقد يجزى فيه الربا وأيضا ليس فيه معنى يزاد في الثمن بخلاف ما اذا باعه بثمن حال من ارجحة بعد ما اشتراه بذلك الثمن مؤجلا لانه معنى يزاد في الثمن وبخلاف ما اذا باعه بوصيف أو ذابة أو عرض آخر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه من ارجحة على عشرة لانه عاد اليه بما ليس من جنس الثمن الاول ولا يمكن طرحه الا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المراجعة واذا قلنا واشترى أشياء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له أن يبيع بعضها من ارجحة على حصتها من الثمن لان ذلك لا يكون الا باعتبار القيمة وتعيينها لا يتناول عن شبهة الغلط خلافا للشافعي في ذلك (وبخلاف ما لو تخلل ثالث) لتأكيده الربح بالبيع من الثالث ووقع الامن من البطالان به فلم يستفد المشتري الاول بالشراء الثاني تأكيده الربح وهذا بخلافه (قوله واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه) أي المولى (يبيعه من ارجحة على عشرة وكذلك اذا كان المولى اشتراه) بعشرة (فباعه من العبد) بخمسة عشر يجب أن يبيعه العبد من ارجحة على عشرة (لان في هذا العقد) أعني الذي جرى بين العبد والمولى وان كان صحيحا لا فادته ما لم يكن من كسب العبد في كسبه ويسلم للمولى من كسبه ما لم يكن سالما (فله شبهة العدم) لان الحاصل للعبد لا يتناول عن حق المولى ولهذا كان للمولى أن يستبقى ما في يده لنفسه ويقضى دينه من عنده وكذلك في كسب المكاتب ويصير ذلك الحق حقيقة اذا عجز فرد في الرق فصار كأنه باع ملك نفسه من نفسه أو اشترى ملك نفسه لنفسه ولكن للفائدة التي ذكرناها صحتها فظهر انه جائز (مع المنافي) وهو كونه عبده المستلزم لكون المال له لولا الدين (فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة وبقي الاعتبار لا) عقد (الاول) وهو الكائن بعشرة (فيصير كأنه العبد اشتراه بعشرة لاجل للمولى في الفصل الاول) وهو ما اذا اشتراه العبد وباعه من المولى (وكان يبيعه) أحل (المولى في الفصل الثاني) وهو

الثوب بلا عوض وأجيب بأن التأكيده شبهة الايجاب في حق العباد احتراز عن الخيانة على ما ذكرنا لا في حق الشرع وشرعيته جواز المراجعة لمعنى راجع الى العباد فيؤثر التأكيده في المراجعة وأما جواز البيع وعدمه في شبهة الربا في حق الشرع فلا يكون لتأكيده شبهة الايجاب كذا نقل من فوائد العلامة جيد الدين بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكيده حصل بغيره ولم يستفد ربح الاول بالشراء الثاني فانتفتت الشبهة قال (واذا اشترى العبد المأذون) واذا اشترى العبد المأذون (له في التجارة ثوبا بعشرة) والحال انه مدينون بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فان المولى يبيعه من ارجحة على عشرة وكذا ان كان المولى اشتراه وباعه من العبد لان في هذا العقد) أي بيع العبد من المولى وعكسه شبهة العدم لجوازه مع المنافي وهو تعلق حق المولى بمال العبد وقيل كون العبد

ملكاً للمولى ولهذا كان له أن يقضى الدين ويتفرد بكسب عبده فصار كالبائع من نفسه فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة واذا عديم البيع الثاني لا يبيعه من ارجحة على الثمن المذكور فيه

وانما يبيعه على الثمن المذكور في الاول وانما يقيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيئا لم يصح لانه لا يبيد  
للمولى شيئا لم يكن له قبل البيع لانه لا يملك الرقبة ولا ماله التصرف هكذا قيد محمد رحمه الله في الاصل وكذا افخر الاسلام والصدر الشهيد  
وقاضيان ولم يقيدوا بالطحاوي والعنابي والحق قيدوا ما ذكرنا قال (وان كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف) اذا كان مع  
المضارب عشرة دراهم بالنصف (فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال (٣٥٩) بخمسة عشر فانه يبيعه مراهجة

بائني عشر ونصف) لان  
مبني هذا البيع على  
الاحتراز عن الخيانة وشبهها  
وفي بيعه مراهجة على خمسة  
عشر شبهة خيانة (لان هذا  
البيع) أي بيع الثوب من  
رب المال وان حكم بجوازه  
عندنا عند عدم الرب خلافا  
لزفر فيه شبهة العدم  
وجه قول زفر ان البيع  
مبادلة المال بالمال وهو  
انما يتحقق بمال غيره لا بمال  
نفسه فلا يكون البيع  
موجودا ووجه الجواز  
عندنا اشتماله على الفائدة  
فان فيه استفادة ولاية  
التصرف لان التسليم الى  
المضارب انقطعت ولاية رب  
المال عن ماله في التصرف  
فيه فبالشراء من المضارب  
يحصّل له ولاية التصرف  
وهو مقصود واذ كان  
مشتلا على الفائدة انعقد  
لان الانعقاد يتبع الفائدة  
الآتية انه اذا جاعل بين عبده  
وعبد غيره فاشترى اهما مصفة  
واحدة جازا البيع فيما  
ودخل لعبده في عقده  
لفائدة انقسام الثمن وأمان  
فيه شبهة العدم فلما ذكرنا  
من تعليل زفر وقد استوضحه

فعتبر الثمن الاول قال (واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب  
المال بخمسة عشر فانه يبيعه مراهجة بائني عشر ونصف) لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند  
عدم الرب خلافا لفرجه الله مع انه اشترى ماله بماله لمافيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود  
والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم ألا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه

ما اذا باعه المولى من عبده (فكان المعتبر الثمن الاول) وهذه المسئلة بالاتفاق وكذا الجواب اذا كان  
المأذون مكتوب السيد بالاتفاق وقوله فاعتبر عدما في حكم المراهجة يفيد انه انما اعتبر عدما للمراهجة  
لا لكونه معدوما من وجه وسببه ان المراهجة بيع امانة تنقضي عنه كل تهمة وخيانة والمسألة جارية بين  
السيد وعبده ومكاتبه فيتم بانه اشترى ماله بزيادة أو باعه منه كذلك ولهذا قال أبو حنيفة اشترى  
شيا من أبيه أو أمه أو ولده أو اشترى هؤلاء عنه لا يبيع واحد منهم مراهجة الا على الثمن الذي قام على  
البائع الا أنهم ما خالفوا في هذه نقالا يبيعه مراهجة على ما اشترى من هؤلاء لتباين الاملاك والحقوق فكانا  
كالاخرين وأبو حنيفة يقول ما يحصل لكل من هؤلاء كأنه لا آخر من وجه ولهذا لا تقبل شهادة  
أحدهم الا آخر وتجري المسألة بينهم فكان الاحتياط فيما ذكرنا ثم القيد المذكور وهو كونه مدبونا  
بما يحيط برقبته مصرح به في الجامع من رواية محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة والشافعي في تقرير هذه  
المسئلة منهم من ذكره كقاضيان ومنهم من لم يقيد بالحيط كالصدر الشهيد فقال عبدا مأذون عليه  
دين يحيط برقبته أو غير محيط ومنهم من لم يذكر الدين أصلا كشمس الأئمة في المبسوط فقال اذا اشترى  
من أبيه أو أمه أو مكاتبه أو عبده ولا شك ان ذكره وعدمه في الحكم المذكور سواء بل اذا كان لا يراجح  
الا على الثمن الاول فيما اذا كان عليه دين يحيط مع انه أجني من كسبه فلان لا يرجح الاعليه فيما اذا  
لم يكن عليه دين أولى لانه حينئذ لا ينفذ العقد الثاني أصلا انما يبيع ماله من نفسه أو يشتريه وانما  
فائدة لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه والحكم المذكور على التقديرين لا يختلف ولو اشترى من  
شريكه ساعة ان كانت ليست من شركته ما يراجح على ما اشترى ولا بين وان كانت من شركته ما فانه  
يبيع نصيب شريكه على ضمانه في الشراء الثاني ونصيب نفسه على ضمانه في الشراء الاول فخوان  
تكون الساعة اشترى ب ألف من شركته ما فاشترى اهما أحدهما من صاحبه بألف ومائتين فانه يبيعهما  
مراهجة على ألف ومائة لان نصيب شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الاول خمسة مائة  
فبيعهما على ذلك ومنه مسألة الكتاب التي ذكرها بقوله (واذا كان مع المضارب عشرة دراهم  
بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مراهجة بائني عشر ونصف  
لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الرب خلافا لفرجه الله مع انه اشترى ماله بماله  
وهو وجه المنع لفرلكننا أجزأه (لمافيه من) فائدة (استفادة ولاية التصرف وهو المقصود) بعد  
ما كانت منتفية لانقطاع ولاية التصرف عنه بالتسليم الى المضارب (والانعقاد يتبع الفائدة ففيه  
شبهة العدم ألا ترى انه) أي المضارب (وكيل عنه) أي عن رب المال (في البيع الاول من وجه)  
وذلك يمنع صحة بيعه منه كما لا يصح بيع الوكيل من موكله ما و كاه بشرائه لانه ماله وتصرفه فيه جائز

المصنف بقوله ألا ترى انه يعني المضارب وكيل عن رب المال في البيع الاول من وجه

(قوله وانما يقيد بالدين المحيط برقبته الى قوله والحق قيدوا ما ذكرنا) أقول وانما لم يقيد اذ لا مدخل له في حق حكم المذكور وهو عدم  
جواز بيعه مراهجة الا على الثمن الاول وانما فائدة لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه تأمل ثم في قوله والصدر الشهيد بحث وان شئت  
فليكن عطلة غاية البيان



وعلى هذا وجب أن لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل ووكيله فيما وكله فيه وإذا كان فيه شبهة العدم كان البيع الثاني كالمعذور في حق نصف الربح لأن ذلك حق رب المال فيحيط عن الثمن احترازاً عن شبهة الخيانة ولا شبهة في أصل الثمن وهو عشرة وولاني نصيب المضارب فيبيع مراهجة على ذلك قال (ومن اشترى جارية سليمة فاعورت عند المشتري) بأفقه سماوية أو بفعله الجارية نفسها (أو وطئها وهي ثيب) ولم ينقصها الوطء (بإزالة أن يبيع مراهجة ولا يجب عليه البيان) لعدم احتباس ما يثابره الثمن لما تقدم أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن (قوله ولهذا) بوضيح لقوله لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن ولهذا الوقت العين قبل التسليم إلى المشتري لا يستقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع إذا لم ينقص الوطء لا يقابلها شيء من الثمن وعورض بأن منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل أن المشتري إذا وطئها ثم وجد بها (٢٦٠) عيباً لم يتمكن من الرد وإن كانت ثيباً وما ذلك إلا باعتبار أن المشتري في الوطء بمنزلة احتباس جزء من

فأعتبر البيع الثاني عدم ما في حق نصف الربح قال (ومن اشترى جارية فاعورت أو وطئها وهي ثيب يبيعها مراهجة ولا يبين) لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا الوقت قبل التسليم لا يستقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما إذا لم ينقص الوطء عن أبي يوسف رحمه الله في الفصل الأول أنه لا يبيع من غير بيان كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمه الله (فأما إذا فاقا عينا بنفسه أو فقاها أجنبي فأخذا رشما لم يبعها مراهجة حتى يبين) لأنه صار مقصوداً بالتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا إذا وطئها وهي بكر لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ومن وجه آخر هو مال المضارب حتى إذا اشترى لا يجوز حبس رب المال عليه في البيع ولو اشترى المضارب جارية لا يجوز لرب المال وطؤها وإن لم يكن في المال ربح (فأعتبر البيع الثاني عدم ما في نصف الربح) الذي هو حصة رب المال بمنزلة ما ذكرنا في التي قبلها فبيده على أقل الثمنين للاحتياط وعلى حصة المضارب من الربح لأن المضارب في ذلك المقدار بمنزلة الأجنبي فلا يتم فيه ولو اشترى بأسلعة فاقا سماها فأراد أحدهما أن يبيع نصيبه مراهجة على حصة من الثمن إن كانت القسمة استيفاءً محضاً كالكيلى والوزنى والعدي المتقارب جاز بعه مراهجة وإن كانت مبادلة كالأشياء المتفاوتة لم يجوز بيعه مراهجة لا بتناؤه على التقويم وهو ممتنع في المراهجة كما ذكرنا (قوله ومن اشترى جارية فاعورت) أي من غير صنع أحد بل بأفقه سماوية أو بصنعها بنفسها (يبيعها مراهجة ولا يبين) أنه اشترىها بذلك الثمن وليس به هذا العور (و) كذا لو (وطئها وهي ثيب) ولم ينقصها الوطء وهذا (لأن الأوصاف لا يقابلها) جزء من (الثمن) لأنها تابعة ما لم تكن مقصودة بالتلاف (ولهذا الوقت قبل التسليم) إلى المشتري بعد العقد (لا يستقط شيء من الثمن) وكذلك منافع البضع لا يقابلها الثمن وعن أبي يوسف في الفصل الأول وهو ما إذا عورت الجارية (أنه لا يبيع) مراهجة (من غير بيان) كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي وزفر والاحتباس بفعله محل الاتفاق كما ذكره بقوله (وأما إذا فاقا عينا بنفسه أو فقاها أجنبي) بأمر المشتري أو بغير أمره (فأخذا رشما لم يبعها مراهجة حتى يبين) والتعيم بدفع المشتري والأجنبي احترازاً عما لو فقا عينا بنفسها فإنه كما لا بأس السماوية لأنه هدر فلا يكون المشتري حاسباً شيئاً وأخذ الأرض ليس بقيد بل إذا عورها الأجنبي لا يراجع الأبيدان لتحقق وجوب الضمان والفرق لنا (أنه صار مقصوداً بالتلاف) نخرج عن التبعية بالقصدية فوجب اعتباره (فيقابل ببعض الثمن) وكذا إذا وطئها وهي بكر لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها

بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري وأوجب بأن عدم جواز الرد باعتبار أنه إن ردّها فإما أن يردّها مع العقر أو بدونه لا سبيل إلى الأول لأن الفسخ يرد على ما ردد عليه العقد والعقد لم يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد عليها ولا إلى الثاني لأنها تعود إلى قديم ملك البائع ويسلم الوطء للمشتري مجاناً والوطء يستلزم العقر عند سقوط العقر لا باعتبار احتباس جزء من المبيع (وعن أبي يوسف أنه لا يبيع في الفصل الأول) أي في صورة الأعور (من غير بيان) كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي بناء على مذهبه أن الأوصاف حصة من الثمن من غير فصل بين ما كان التعيب بأفقه سماوية أو بفعله العباد (وأما إذا فاقا عينا) راجع إلى أول المسئلة وفي بعض

النسخ قلنا فيكون جواباً لقول أبي يوسف والشافعي رحمه الله يعني إذا فاقا المشتري عينا (بنفسه أو فقاها أجنبي) سواء (و) من كان بأمر المشتري أو بغيره وجب البيان عند البيع مراهجة لأنه صار مقصوداً بالتلاف أما إذا كان بأمر المشتري فلا لأنه كفعل المشتري بنفسه وأما إذا كان بغير أمره فلا لأنه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حاسباً بدل جزء من المعقود عليه فيمنع المراهجة بدون البيان وعبارة المصنف تدل بالنقصان على أخذ رشها وهو المذكور في لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقال في النهاية كأن ذكر الأرض وقع اتفاقاً لأنه لما فاقا الأجنبي وجب عليه ضمان الأرض وجوب ضمان الأرض سبب لأخذ الأرض فأخذ حكمه ثم قال والدليل على هذا إطلاق ما ذكره في المبسوط من غير تعرض لأخذ الأرض وذكر نقل المبسوط كذلك (وكذا إن وطئها وهي بكر) لا يبيعها مراهجة إلا بالبيان (لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها) فلا بد من البيان

(ولو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأرأى حرق نار يبيعه مرا بجهة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه مرا بجهة حتى بين) والمعنى ما بيناه

(و) من هذا (لو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأرأى حرق نار) أو طعاما فتغير (بيعه مرا بجهة من غير بيان) وقرض بالثقاف وذ كر أبو اليسر بالقاء (ولو تكسر) الثوب (بطيه ونشره) لزمه البيان لأنه يفعله قال الفقيه أبو الليث وقول زفر أجود وبه نأخذ واختاره هذا حسن لأن مبنى المراجعة على عدم الخيانة وعدم ذكره أنها انتقصت إيهام للشترى أن الثمن المذكور كان له ناقصة والغالب أنه لو علم أن ذلك غنمها صحبة لم يأخذها معيبة إلا بجهة وقدر كر أول الباب أن سبب شرعية المراجعة اعتماد الغني أن الثمن قيمتها حيث اشترى من له خبرة به فيطيب قلبه بشرائها به مع زيادة ربح لظنه أنه قيمتها وهذا يبين أنه لا يروم شراءها إلا بقيمتها كي لا يغبن وأنه لو علمه لم يرض فكان سكوتة تقرير له وقريب من هذا ما روى هشام عن محمد أن ذلك إذا نقصه العيب شيئا يسيرا فإن نقصه قدر لا يتغابن فيه لا يبيعه مرا بجهة يعني بلا بيان لكن قولهم هو كما لو تغير السعر بأمر الله تعالى فإنه لا يجب عليه أن يبين أنه اشتراه في حال غلائه وكذا لو اضررت الثوب أطول مكنه أو توسخ الزام قوى واستشكل على قوله الفاتح وصف لا يقابل شيء من الثمن المشتري بأجل فإن الأجل وصف ومع ذلك لا يجوز بيعه مرا بجهة بلا بيان أجيب بأن الأجل يعطى لأجله جزء من الثمن عادة فيكون كالجزة فيلزمه البيان وعلى قوله منافع البضع لا يقابلها شيء من الثمن ما إذا اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيبا لم يتمكن من ردها وإن كانت ثيبا وقت الشراء وذلك لا اعتبار المشتري بالوطء صاحب جزء من المبيع عنده وأجيب بأن عدم الرد في هذا ليس لما ذكر بل لأنه لو ردها فإما مع العقر اختراز عن الوطء مجانا أو من غير عقر لا وجه له إلى الأول لعود الجارية مع زيادة والزيادة تمنع القسح لأنه لا رد على الزيادة ولا إلى الثاني لأنها تعود إلى قديم ملكه ويسلم المشتري الوطء بلا عوض باعتبار البيع وذلك لا يجوز بخلاف الواهب إذا رجع به بدوطة الموهوب له حيث يصح ولا يلزم الموهوب له شيء لأنها تسلم كلها للموهوب له بلا عوض فيجوز أن يسلم له الوطء بلا عوض ولا يجوز في ضرورة البيع أن يفسخ البيع ويسلم للمشتري أو للبائع زيادة متولدة من العين أو شيء وجب بالتألف العين كالولد والارث والعقر فكذا الوطء (فروع) لو أصاب من غلبة الدار أو الدابة شيئا راجح بلا بيان لأن الغلبة ليست متولدة من العين إنما هو استيفاء منفعة واستيفاء المنفعة لا يمنع بيع المراجعة بخلاف ما لو أصاب من لبن الغنم وصوفها فإنه إذا راجح يسقط من رأس المال قدر ما أصاب من ذلك ويقول قام على بكذا وتقدم أنه إذا أنفق في طعام الرقيق والدواب أنه يضمنه في غير السرف ولو ولد الجارية أو الغنم أو أثمر التخييل يبيع الأصل مع الزيادة مرا بجهة لأنه لم يجب شيئا من المفقود عليه ولأن نقصان الولادة بغير فعل ثم الزيادة تجبره ولو استهلك المشتري الزيادة لم يبيع الأصل مرا بجهة حتى يمين ما أصاب منها لأنها متولدة من العين والمتولد كجزء المبيع وكذا إذا استهلك الابن والسن فإنه لا يراجع الابن وفي المبسوط اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه بمائتين ثم باعاه مرا بجهة أو تولية أو وصية فالثمن بينهما ثلاثا ولو باعاه مساومة يكون بينهما نصفين لأن المسمى فيه بمقابلة المالك ولهذا استوى فيه المشتري والموهوب وبيعهما في العبد سواء بخلاف تلك العقود فإن الثمن فيها مبني على الأول ولو حط البائع الأول من الثمن بعد ما باعاه المشتري مرا بجهة فإنه يحط بذلك من المشتري الآخر مع حصته من الربح ولو كان ولا محط ذلك عندنا وعند زفر والشافعي لا يحط عن الثاني بهذا السبب شيء وأصله أن الحط يلتحق بأصل العقد عندنا وعند لابل هو هبة مبتدأة لا تتم إلا بالتسليم وكذا الزيادة عندنا حتى يصير كأن العقد عقد بمائتين فيثبت ذلك في حق الشفيع والموكل وهذا بخلاف ما لو حط الكل في المراجعة والتولية فإن له أن يراجع على

(ولو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأرأى حرق نار) بالثقاف من قرض الثوب بالمقراض إذا قطعته ونص أبو اليسر على أنه بالقاء (أو حرق نار) جاز أن يبيعه مرا بجهة من غير بيان لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن (ولو تكسر) الثوب (بنشره وطيه لا يبيعه مرا بجهة) بلا بيان لأنه صار مقصودا بالاتلاف وقوله (والمعنى ما بيناه) إشارة إلى هذين الدليلين

قال (ومن اشترى غلاما بألف درهم نسيت فباعه بربح مائة ولم يبين) ذلك المشتري (فعلم المشتري فان شاعرده وان شاء قبل لان لا اجل له) بالبيع (فانه يراعى في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا الباب ملحقه بالحقيقة فصارت كانه اشترى شيئين وباع أحدهما مربحة بينهما والمراوحة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة وتقتضي بان الغلام السليم الاعضاء يراعى في ثمنه لا اجل سلامة الاعضاء بالنسبة الى غير السليم واذا فانت سلامة الاعضاء لم يجب البيان على البائع كما مر في مثله اعور والعيون واجيب بان الزيادة عن ثمان ليست منصوبا عليها ثم ان في مقابلة السلامة وما نحن فيه هو ان يقول ان اجلتي مدة كذا ثم يكرن كذا بزيادة مقدار ثبت زيادة الثمن في الاجل بالشرط ولا يثبت ذلك في سلامة (٣٦٣) الاعضاء ويستشير المصنف الى هذا بقوله ولو لم يكن الاجل مشروطا في

قال (ومن اشترى غلاما بألف درهم نسيت فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاعرده وان شاء قبل) لان الاجل شبه بالبيع الا ترى انه يراعى في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقه بالحقيقة فصارت كانه اشترى شيئين وباع أحدهما مربحة بينهما ولا اقدم على المراوحة توجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت بخير كافي العيب (وان استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة) لان الاجل لا يقابل شي من الثمن قال (فان كان ولاده اياه ولم يبين رده ان شاء) لان الخيانة في التولية مثلها في المراوحة لانه بناء على الثمن الاول (وان كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة) لما ذكرناه وعن أبي يوسف رحمه الله انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزئوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق وسأيتك من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجّم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبيعه لان الثمن حال

كل الثمن ويؤليه (قوله ومن اشترى غلاما) أو غيره (بألف نسيت فباعه بربح مائة ولم يبين) أنه اشترى نسيت بالألف (فعلم المشتري) بذلك (فانه الخيار) ان شاء رده وان شاء قبل (بالألف والمائة حالة وانما يثبت له الخيار) لان الاجل شبه بالبيع الا ترى انه يراعى في الثمن لاجل والشبهة ملحقه بالحقيقة فكان كانه اشترى شيئين (بالألف وباع أحدهما) بهما على وجه المراوحة وهذا خيانة فيما اذا كان مبيعا حقيقة فاذا كان أحد الشيئين بشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة وشبهة الخيانة ملحقه بالحقيقة في المراوحة (فاذا ظهرت بخير) على ما عرفت من مذهب أبي حنيفة ومحمد ولو فرغ على قول أبي يوسف ينبغي أن يحط من الثمن ما يعرف أن مثله في هذا راد لا اجل الا اجل هذا اذا علم الخيانة قبل خلاص المبيع (قلو علم) بعد ما ذلك واستهلكه (لزمه بألف ومائة حالة لان الاجل لا يقابل شي) حقيقة والذي كان ثابتا له مجرد رأي وقد تعذر بعد ذلك وهكذا (لو كان ولاده اياه ولم يبين) أنه اشترى الى اجل فعلم المشتري قبل الهلاك يعني يثبت له خيار الرد وقبوله بالألف حالة ولو فرغ على قول أبي يوسف ينبغي أن يفعل ما ذكرنا (وان كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرنا) من أن الاجل لا يقابل شي من الثمن حقيقة (وعن أبي يوسف أنه) بعد الهلاك (يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير) قوله (في) (ما اذا استوفى) صاحب الدين من دأته (مكان) الدين (الجياد زئوف) وهو لا يعلم بزيافتها حتى أنفقها فانه عند أبي يوسف يرد مثلها من الزئوف ويسترد الجياد (وسأيتك) ان شاء الله تعالى في مسائل مشورة (وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما) على البائع قاله الفقيه أبو جعفر الهندواني (ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه معتاد التحميم قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبيعه لان الثمن) ما كان الا (حالا) في العقد أما لو فرضنا أنه باعه بلا شرط

العقد وان ذلك المبيع أو استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة لان الاجل لا يقابل شي من الثمن يعني في الحقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فباعته شبهة الخيانة كان له الفسخ ان كان المبيع قائما فأما ان يسقط شي من الثمن بعد الهلاك فلا والالكان ما فرضناه شبهة حقيقة وذلك خلاف باطل قال (وان كان ولاده اياه) يعني أن التولية كالمراوحة فيما اذا علم المشتري انه كان اشترى بأجل وباعه اياه من غير بيان فكان لا يشتري الخيار لان التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمراوحة لتكونه بناء على الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان (وان) كان (استهلكه ثم علم) بالخيانة (لزمه بألف حالة لما ذكرنا) أن الاجل لا يقابل شي من الثمن حقيقة (وعن أبي يوسف أنه) يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزئوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق وسأيتك من بعد في مسائل مشورة

اجل قيل كتاب الصرف وقال الفقيه أبو الليث روى عن محمد انه قال للمشتري ان يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت مقامه وهذا على أصله في التحالف مستقيم فانه أقام القيمة مقامه وقيل هو قول أبي جعفر البخني (يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجّم) معتاد كعادة بعض البلاد يسترون بنقد ويسلمون الثمن بعد شورا ما جله أو منجّما قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل لا يجب بيانه لان الثمن حال

(قوله ويستشير المصنف الى هذا بقوله ولو لم يكن الاجل الخ) أقول في الإشارة خفاء

قال (ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد) بلهالة الثمن (فان أعلمه البائع يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه) لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتناخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء بركة اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبل لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية

أجل فلم ينفذه الى شهر مطلقا فلا شك انه يبيعه عراجه بالالف (قوله ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد بلهالة الثمن فان أعلمه البائع يعني في المجلس) ما قام به عليه (فهو بالخيار ان شاء رد البيع وان شاء قبل لان الفساد) وان كان في صلب العقد لكنه (لم يتقرر) انما تقرر بعض المجلس وهذا بين ان هذا العقد ونحوه من البيع بركة قبل معرفة الرقم يتعقد فاسدا له عريضة الصحة وهو الصحيح خلافا لما روي عن محمد انه صحيح له عريضة الفساد ولما كان المجلس جامعا للنفقات يعتبر الواقع في أطرافه كالواقع معا كان تأخير البيان أي بيان قدر الثمن (كتأخير القبول الى آخر المجلس) فانه يجوز وبتصل بالايجاب السابق أول المجلس كذا هذا ليكون سكوتهم عن تعيين الثمن في تحقق الفساد موقوفا الى آخره فان تبين فيه اتصال بالايجاب الذي سكت فيه عنه وان انقضى قبله تقرر الفساد فلا ينقلب بعده صحيحا (وانما يتخير) بعد العلم في المجلس (لان الرضا لم يتم قبله) فلم يتم البيع (كما في خيار الرؤية) لم يتم الرضا قبل الرؤية فعند وجودها يتخير (فروع) اشترى ثوبا ليس له أن يراج على ذراع منه لان الثمن لا ينقسم على ذراعائه ولو راجع على ماله نسبة معلومة منه كنصفه ثلثه ثمنه جاز ولو اشترى نصف عبدة ثمن اشترى النصف الاخر بمائتين فله أن يبيع أي النصفين شاء مراجه على ما اشتراه به وان شاء باع كله مراجه على ثلثمائة ويقول قام على بكذا ولو وهب له البائع الثمن كله فله أن يراج على الثمن كله ولو وهب له أوسط عنه بعضه ليس له أن يراج الاعلى ما بقي ولو باعه بالثمن عرضا أو أعطى به رهنا فهاك كان له أن يراج على الثمن لانه صار قابضا له بهذا الطريق ولو اشترى بعشرة جنياد ونقدته بوفاق يجوز به البائع فله أن يراج على عشرة جنياد ولو وهب ما اشتراه بعشرة ثم رجع فيه له أن يبيعه مراجه على العشرة وكذا ان باعه ثم رد عليه بعيب أو فساد يبيع أو خيار أو اقله له أن يراج على الثمن الذي كان اشترى به ولو اشترى ثوبا فباعه ثم رجع اليه بعير أو هبة لم يكن له أن يبيعه مراجه لانه ما عاد الى الملك المسببة ناديا بالشراء الاول ولو وجد بالبيع عيبا فرضي به له أن يبيعه مراجه على الثمن الذي اشتراه به لان الثابت له خيار فاسقاطه لا يمنع من البيع مراجه كالمالك فيه خيار شرط أو رؤية وكذا لو اشترى مراجه فاطلع على خيانة فرضي به كان له أن يبيعه مراجه على ما أخذه به لما ذكرنا أن الثابت له محذور خيار ولو اشترى شيئا بعين فاحش أو بدين له على انسان وهو لا يشتري بذلك القدر بالغين فليس له أن يبيعه مراجه من غير بيان ولو اشترى بالدين ما يباع بمثل جاز أن يراج عليه سواء أخذه بلفظ الشراء أو بلفظ الصلح في رواية وفي ظاهر الرواية يفرق بين الصلح والشراء لما تقدم لكن الوجه أنه اذا علم أنه غنه وجب أن يراج عليه لان منع المراجه ما كان الالتزام الخطيطة فاذا تبين انتفاء ما ارتفع المانع بينه وبين الله تعالى ولو اشترى رزمة ثياب فاقسمها ليس لاحدهما أن يبيع ما خذه مراجه بخلاف ما لو اشترى ما يملك لاحدهما واحدا فاقسمها حيث يجوز ذلك ولو اشترى الرزمة واحدا فتقدمها أو بانو باليس له أن يبيع ثوبا منها مراجه على ما قوم الا ما قدمنا من أنه يقول قيمة هذا ألف أو قوم هذا بكذا أو أنا ببيعك مراجه على هذه القيمة كما هو في الرقم بازي من غنه أم لا أو سلم في ثوبين ووصفه ما به واحدة ليس له أن يبيع أحدهما مراجه على نصف رأس مال السلم عند أبي حنيفة وعندهما يجوز ولو باعه نصف ما اشتراه مراجه على نصف ثمنه ان كان ثوبا واحدا ليس له

قال (ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه الخ) اذا قال وليتك هذا بما قام على يريد به ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبيغ والقتل وغير ذلك ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد بلهالة الثمن فان أعلمه البائع في المجلس (صح البيع ويتخير المشتري ان شاء أخذه وان شاء تركه) أما الصحة فلا ان الفساد لم يتقرر بعد فكان فسادا يحتمل الصحة فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد لان ساعات المجلس كساعة واحدة وصار كتناخير القبول الى آخر المجلس وبهذا الافتراق تقرر والفساد المتقرر لا يقبل الاصلاح ونظيره البيع بالرقم في صحته بالبيان في المجلس وتقرر فساد ما غنه فيه وأما خيار المشتري فلا يخل في الرضا لانه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصفات فكان في معنى خيار الرؤية فألحق به

**فصل** وجه ايراد الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المراجعة ووجه ذكرها في باب المراجعة الاستعداد باعتبار تقديرها بقيد زائد على البيع المجرد عن الاوصاف كالمراجعة والتولية قال (ومن اشترى شيئا مما ينقل) نقلا حسيا (و) هو المراد بقوة (يحول) فسر بذلك اثلايتوهم انه احتراز عن المدبر (لم يحزله) أن يبيعه حتى يقبضه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع مالم يقبض) وهو باطلا لوجه على مالك رجه الله في تخصيص ذلك بالطعام ولا تمسك له بما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال ان اشترى أحدكم طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه فان تخصيص الطعام

(٣٦٤)

**فصل** ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يحزله يبيعه حتى يقبضه لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض

ذلك وان كان مثليا وهو جنس واحد كطعام كل نصفه كان له ذلك لا تقسام الثمن عليه بالاجزاء بخلاف الاول لان انقسامه عليه بالقيمة باعتبار الاوصاف أعني الذرعان ولا يتقسم الثمن باعتبارها وعلى هذا ينبغي أن لا يراج في نصف العبد على نصف الثمن ولو اشترى ثوبا بصفة واحدة كل ثوب بكذا فله أن يبيع كل واحد من ارجحة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يراج حتى يبين انه اشتراه مع غيره ولو باعه بوضعية دة يارده قطر يقه أن يجعل كل درهم من رأس المال أحد عشر جزأ فإذا كان الثمن عشرة فتكون الجائزة مائة وعشرة فتسقط عشرة فيصير جلة الثمن تسعة وجزأ من أحد عشر جزأ من درهم

**فصل** (قوله) ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يحزله يبيعه حتى يقبضه) انما اقتصر على البيع ولم يقل أن يتصرف فيه لتسكون اتفاقية فان محمد ابي حنيفة والصدقة به قبل القبض وقال مالك يجوز جميع التصرفات من بيع وغيره قبل القبض الا في الطعام لانه صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالنهاي في حديث رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه أخرجه الشيخان وفي لفظ حتى يقبضه قلنا قدر رواه ابن عباس أيضا قال وأحسب كل شيء مثل الطعام أخرجه عنه أئمة الكتب الستة وعرضه قوله ما روى أبو داود عن ابن اسحق الى ابن عمر قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوفيته لقيني رجلا فأعطاني فيه رجحا حسنا فأردت أن أضرب على يده فأخذ رجلا من خافي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ابتاع السلع حيث تبتاع حتى تحوزها التجار الى رحالهم ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرک وصححه وقال في التنقيح سنه جيد وقال ابن اسحق صرح فيه بالحديث وأخرج النسائي أيضا في سننه الكبرى عن يعلى بن حكيم عن يوسف بن ماهك عن عبد الله بن عصفرة عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله اني رجل ابتاع هذه البعوضة وأبيعه فما يحل لي منها وما يحرم قال لا تبع من شيئا حتى تقبضه ورواه أحمد في مسنده وابن حبان وقال هذا الحديث مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام ليس بينهما ابن عصفرة والحاصل أن الخبر حينئذ منسوخ من يدخل ابن عصفرة بين ابن ماهك وحكيم ومنهم من لا وابن عصفرة ضعيف جدا في قول بعضهم قال صاحب التنقيح قال ابن حزم عبد الله بن عصفرة مجهول وصحح الحديث من رواية يوسف ابن ماهك نفسه عن حكيم لانه صرح في رواية قاسم بن أصبغ بسماعه منه والصحيح أن بينهما عبد الله ابن عصفرة الجشمي حجازي ذكره ابن حبان في الثقات وقال عبد الحق انه ضعيف وتبعه ابن القطان وكلاهما محطيان وقد شبه عليهما عبد الله بن عصفرة هذا بالنسبي أو غيره من يسمى عبد الله بن عصفرة

يدل على ان الحكم فباعده بخلافه لان ابن عباس قال وأحسب كل شيء مثل الطعام وذلك دليل على أن التخصيص لم يكن مرادا وكان ذلك معسروفا بين الصحابة حدث الطحاوي في شرح الآثار مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوفيته لقيني رجلا فأعطاني به رجحا حسنا فأردت أن أضرب على يده فأخذ رجلا من خافي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ابتاع السلع حيث تبتاع حتى تحوزها التجار الى رحالهم وانما قيد بالبيع ولم يقل لم يحزله التصرف ليقع على الاتفاق فان الهبة والصدقة جائزة عند محمد وان كان قبل القبض قال كل تصرف لا يتم بالقبض فانه جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه لان تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه والجواب ان البيع أسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ثم البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز لانه عليك العين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة أولى

قبضه فقبضه لان تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه والجواب ان البيع أسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ثم البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز لانه عليك العين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة أولى

**فصل** ومن اشترى شيئا مما ينقل (قوله) احتراز عن المدبر (قوله) فانه لا ينقل نقلا شرعيا (قوله) فان تخصيص الطعام يدل على أن الحكم الخ) أقول فيه أن الخصم يزارع في كون المفهوم حجة ولو سلم فلا يعارض المنطوق (قوله) معروفا بين الصحابة (قوله) فيه تأمل



(قوله) ولأن فيه غررا انفساخ العقد استدلال بالعقود وتقرر في البيع قبل القبض (٣٦٥) غررا انفساخ العقد الاول على تندير

ولأن فيه غررا انفساخ العقد على اعتبار الهلاك (ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز) رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة

انتهى كلامه فالحق أن الحديث حجة والذي قبله كذلك والحاجة بعد ذلك الى دليل التخصيص بغير العقار لا في حنيفة بذلك كرهناك والاحاديث كثيرة في هذا المعنى ثم علل الحديث (لأن فيه غررا انفساخ العقد) الاول (على اعتبار هلاك المبيع) قبل القبض فيقتين حيث أنه باع ملك الغير بغير إذنه وذلك مفسد للعقد وفي الصحاح أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرماء طوى عنك علمه والدليل على اعتبار هذا المعنى أن أباينا التصرف في ابدال العقود التي لا تنفسخ بالهلاك جائزا فلا يضرها غرر الانفساخ كالتصرف في المهر لها وبديل الخلع للزوج والعتيق على مال وبديل الصلح عن دم العمد قبل القبض جائز إذ كانت لا تنفسخ بالهلاك فظهر أن السبب ما قلناه هذا وقد اقرضه ورهنه من غيره فلا تجوز اجارته ولا هبته ولا التصديق به خلافا لمحمد في الهبة والصدقة وكذا اقرضه ورهنه من غير بائعه فلا يجوز شيء من ذلك وإذا أجاز محمد هذه التصرفات في المبيع قبل القبض ففي الاجرة قبل قبضها إذا كانت عينا أولى فصار الأصل أن كل عقد ينفسخ به هلاك العوض قبل القبض لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والاجرة إذا كانت عينا في الاجارة وبديل الصلح عن الدين إذا كان عينا لا يجوز بيع شيء من ذلك ولأن بشرى فيه غيره إلى آخر ما ذكرنا وما لا ينفسخ به هلاك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر إذا كان عينا وبديل الخلع والعتيق على مال وبديل الصلح عن دم العمد كل ذلك إذا كان عينا لا يجوز بيعه وهبته واجارته قبل قبضه وسائر التصرفات في قول أبي يوسف ولو أوصى بد قبل القبض ثم مات قبل القبض صححت الوصية بالاجارة لان الوصية أخت الميراث ولو مات قبل القبض ورث عنه فكذلك إذا أوصى به ثم قال محمد كل تصرف لا يتم الا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والقرض فهو جائز في المبيع قبل القبض إذا سلطه على قبضه فقبضه ووجهه أن تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فإنه يلزم بنفسه وقاسه به به الدين لغير من عليه الدين فانهم لا تجوز إذا سلطه على قبضه إذا لم يمنع فإنه يكون نائباعنه ثم يصير قابضا لنفسه كما لو قال اطعم عن كفارتى جاز ويكون الفقهير نائباعنه في القبض ثم قابضا لنفسه بخلاف البيع وأبو يوسف يقول البيع أسرع نقاذ من الهبة بدليل أن الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع وأيضا هذه التصرفات تنبئ على الملك وغرر الانفساخ يمنع تمامه فكان قاصر في حق اطلاق التصرف وأما اعتق عن كفارتى فإنه طلب التملك لا تصرف مبنى على الملك القائم فان قبل لواعبر الغرر امتنع بعد القبض أيضا لاحتمال ظهور الاستحقاق فالجواب أنه أضعف لأن ما يتحقق به بعد القبض يتحقق به قبله ويرى باعتبار الهلاك أيضا فكان أكثر ممانا قبل القبض ولأن اعتباره بعد دونه يستتاب البيع ولو باعته المشتري من بائعه قبل قبضه لا يجوز ولو وهبه يجوز على اعتباره مجازا عن الاقالة فإن قبل هذا النهي باعتبار أمر مجاور فينبغي أن لا يوجب الفساد كالبيع وقت الذداء واجب بان الغرر في المبيع لا مجاور له فإنه باعتبار أنه مملوك أو غير مملوك للمشتري على تقدير الهلاك وأورد على التأثير بعد تسليم أن البيع ينفسخ به هلاك المبيع قبل القبض أي امتناع فيه فلم يكن كذلك وغاية الأمر أنه ظهر أن البيع الثاني لم يصح فيترادان ومنه واقع في الشفعة والبيع بعد ظهور الاستحقاق (قوله) ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف (وهو قوله الآخر) (وقال محمد لا يجوز) وهو قول أبي يوسف الاول وقول الشافعي (رجوعا الى اطلاق الحديث) يعني عموميه وهو ما في

هلاك المبيع في يد البائع والغرر غير جائز لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرماء طوى عنك علمه وقد تقدم واعترض بأن غرر الانفساخ بعد القبض أيضا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس يمنع ولا يدفع بأن عدم ظهور الاستحقاق أصل لأن عدم الهلاك كذلك فاستويا وأجيب بأن عدم جواز قبض القبض ثبت بالنص على خلاف القياس الثبوت الملك المطلق لا تصرف المطلق بقوله تعالى وأحل الله البيع وليس ما بعد القبض في معناه لأن فيه غررا انفساخ بالهلاك والاستحقاق وفيها بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة فلم يلحق به ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول بجامع عدم القبض فيهما وصار كالاجارة فانهم في العقار لا تجوز قبل القبض والجامع اشتمالهما على ربح ما لم يضمن فإن المقصود من البيع الربح وربح ما لم يضمن منهي عنه شرعا والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض لأنه لم يدخل في ضمانه كافي الاجارة

(قوله) وأجيب بأن عدم جواز (الح) أقول الاعتراض كان

(٣٦٤ - فتح القدير خامس) متوجه على الدليل المعقول لا على الاستدلال بالحديث فلا يستقيم هذا الجواب (قوله) بل يلحق به) أقول أي بطريق الدلالة (قوله) رجوعا الى اطلاق الحديث) أقول أي عموميه

(وله ما ان ركن البيع صدر من أهله) لكونه بالتعاقل لا غير محجور عليه (في محله) لانه محل مالوك له وذلك يقتضى الجواز والمانع وهو الغرر معدوم فيه لانه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادريه فصح العقد لوجود المقتضى وانتفاء المانع بخلاف المنقول فان المانع فيه موجود ومنع انتفاء المانع في العقار فانه غرر الانفساخ وقد وجد بالرد بالعيب وأجيب بأنه لا يصح لانه اذا جاز البيع قبل القبض صار ملكا للبئرى وحينئذ لا يملك المشتري الاول الرد وفيه نظر لانه ان رد عليه بقضاء القاضي عادله الرد والاولى أن يقال كلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر الفسخ وإذا كان الهلاك في العقار نادرا كان غرر انفساخ العقد المنهى عنه متنفيا والحديث معول به فلم يدخل فيه العقار بخاز بيعه قبل القبض عملا بدليل الجواز من الكتاب والسنة والاجماع واعتراض بأنه تعليل في موضع النص وهو ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض وهو عام والتعليل في موضع النص غير مقبول وأجيب بأنه عام دخله الخصوص لاجتماعه على جواز التصرف في الثمن والصدق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فتحمله على المنقول كذا في المبسوط وفيه بحث لان (٣٩٦)

وله ما ان ركن البيع صدر من أهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادرا بخلاف المنقول والغرر المنهى عنه غرر انفساخ العقد والحديث معول به عملا بدليل الجواز  
 حديث حكيم من قوله صلى الله عليه وسلم لا تبيعن شيئا حتى تقبضه بخلاف ما قبله من حديث ابن عمر فانه خاص بالمنقول أعنى قوله نهى عن بيع السلع حتى يجوزها التجاري الى حالهم والنهى عن بيع مالم يقبض ولو باع العقار بريح يلزم بريح مالم يقبض وصار بيع العقار كاجارته واجارته قبل قبضه لا تجوز فكذا بيعه ولان السبب وهو البيع انما يتم بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالحادث عند العقد والملك انما يتأكد سببا كذا السبب وفي هذا العقار والمنقول سواء (وله ما) أى لابي حنيفة وأبي يوسف (ان ركن البيع صدر من أهله في محله) والمانع المثير للنهى وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف (فان هلاك العقار نادرا) والنادر لا عبرة به ولا يبنى الفقه باعتباره فلا يمنع الجواز وهذا لانه لا يتصوره لانه اذا صار بحرا او نحو ذلك حتى قال بعض المشايخ ان جواب أبي حنيفة في موضع لا يخشى عليه أن يصير بحرا أو يغلب عليه الرمال فاما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز كما في المنقول ذكره المحبوبي وفي الاختيار حتى لو كان على شط البحر أو كان المبيع عملا لا يجوز بيعه قبل القبض والحديث الذي استدلل به (معول به) أى بغير الانفساخ والدليل عليه ان التصرف الذي لا يمنع بالغرر نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزوج عليه وبه يظهر فساد قولهم ان تأكد الملك بتأكد السبب وذلك بالقبض لان العتق في استدعاء ملك تام فوق البيع ويجوز في المبيع قبل القبض العتق (وانما قلنا) التزوج لا يطل بالغرر لانه لو هلك المهر المعين لم يزج قيمته ولم ينفسخ النكاح وأوردناه لتعليل في مقابلة النص فانه تخصيص عمومته فيؤدي الى تقديم القياس والمعنى على النص وهو ممنوع الجواب انه خص منه أشياء منها جواز التصرف في الثمن قبل قبضه وكذا المهر يجوز لبايعه وهبته وكذا الزوج في بدل الخلع وكذا رب الدين في الدين اذا ملكه غيره وسلطه على قبضه جاز وكذا أخذ

اذا ابتعت شيئا فلا تبعه حتى تقبض سلمنا انه نهى عن بيع مالم يقبض من ملكه الذي ثبت بسبب من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح تخصيصا سائنا صلاحيته اذ ذلك لكن التخصيص لبيان انه لم يدخل في العام بعد احتماله تناوله وإذا كان الحديث معولا بغير الانفساخ لا يمتثل تناول ما ليس فيه ذلك اذ الشيء لا يمتثل تناول ما ينافيه تناول فرديا واعلم اني أذكر لك ما سنخني في هذا الموضع بتوفيق الله تعالى على وجه يندفع به جميع ذلك وهو أن يقال الاصل أن يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزا لعموم قوله تعالى

وأحل الله البيع لكنه خص منه الربا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى وحرم الربا والعام الخصوص يجوز تخصيصه الشقيع بخبر الواحد وهو ما روى أنه نهى عن بيع مالم يقبض ثم لا يخلو إما أن يكون معولا بغير الانفساخ أولا فان كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روى في السنن مسندا الى الاعرج عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وبينه وبين أدلة الجواز وذلك يستلزم التردد وجعله معولا بذلك اعمال الثبوت التوفيق حينئذ والاعمال متعين لا محالة وكالم يتناول العقار يتناول الصداق وبدل الخلع ويكون مختصا به قد ينفسخ به لاله المعوض قبل القبض هذا والله أعلم بالصواب  
 قال المصنف (وله ما ان ركن البيع الخ) أقول اذا استدلل محمد بأنه اذا باع العقار الغير المقبوض بريح يلزم بريح مالم يقبض وهو ممنوع فاجواب ما عنه (قوله) ومنع انتفاء المانع في العقار فانه الى قوله وأجيب بأنه) أقول المجيب هو الانتقائي وضمير فانه راجع الى المانع وضمير بأنه في قوله وأجيب بأنه راجع الى الرد (قوله لكن التخصيص لبيان أنه لم يدخل في العام الخ) أقول فيه بحث فان لفظة مالم يقبض بتناول العـقار أيضا والقياس تخصيصه بالمنقول (قوله وان لم يكن وقع التعارض) أقول فيه تأمل اذ لا يظهر التعارض بينه وبين ما روى مسندا الى الاعرج (قوله وبينه وبين أدلة الجواز) أقول اذا كان تخصيصا لدلة الجواز فكيف يوجد التعارض

(قوله والاجارة) جواب عن قياس محمد ضرورة النزاع على الاجارة وتقرر برأيه الاتصلح مقبسا عليها لانهم اعلى الاختلاف قال في الابيضاح  
 لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز اجارته لان صحة الاجارة تلك الرقبة فاذا ملك التصرف في الاصل وهو الرقبة ملك في التابع وقيل  
 لا يجوز بالاخلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تملك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول قال (ومن اشترى مكبلا  
 مكبلة أو موز وناموازنة الخ) اذا اشترى المكبل والموزون كالخنطة والشعير والسمن والحديد وأراد التصرف فذلك على أربعة أقسام  
 اشترى مكبلا وباع مكبلا أو اشترى مجازفة وباع كذلك أو اشترى مكبلا وباع (٣٦٧) مجازفة أو بالعكس من ذلك

ففي الاول لم يجز للمشتري من  
 المشتري الاول أن يبيعه  
 حتى يعيد الكيل لنفسه  
 كما كان الحكم في حق المشتري  
 الاول كذلك لان النبي  
 صلى الله عليه وسلم نهى عن  
 بيع الطعام حتى يجري فيه  
 صاعان صاع البائع وصاع  
 المشتري ولانه يمتثل أن  
 يزيد على الشروط وذلك  
 للبائع والتصرف في مال  
 الغير حرام فيجب التصرّف عنه  
 وهو ترك التصرف وهذه  
 العلامة موجودة في الموزون  
 فكان مثله وفي الثاني لا يحتاج  
 الى كيل لعدم الافتقار  
 الى تعيين المقدار وفي الثالث  
 لا يحتاج المشتري الثاني الى  
 كيل لانه لما اشتراه مجازفة  
 ملك جميع ما كان مشارا  
 اليه فكان متصرفا في ملك  
 نفسه

والاجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه في الاجارة المنافع وهلا كذا غير نادى قال (ومن  
 اشترى مكبلا مكبلا أو موز وناموازنة فاكثاله أو تزنه ثم يباعه مكبلا أو موزا لم يجز للمشتري منه  
 أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن) لان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام  
 حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولا يفيحتمس أن يزيد على الشروط وذلك  
 للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التصرّف عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة

الشفع قبل قبض المشتري ولا شك ان تملكه حينئذ شره قبل القبض فلو كان العقار قبل القبض  
 لا يمتثل التملك يبدل لم يثبت للشفيع حق الاخذ قبل القبض وهذا يخرج الى الاستدلال بالاجماع  
 على جواز بيع العقار قبل القبض وأما الالتحاق بالاجارة في منع الاجارة قبل القبض منع فانه قيل انه  
 على هذا الخلاف والصحيح كما قال في الفوائد الظهيرية أن الاجارة قبل القبض لا تجوز بخلاف الآن  
 المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تملك المنافع فيمتنع جوازها قبل القبض وفي الكافي وعليه الفتوى واذا  
 عرف من الجواب ان التصرف في الثمن قبل القبض يجوز وفي المبيع لا يجوز كان تقيمه بأن يذكر هنا  
 ما يميز المبيع عن الثمن وان كان قد سلف فالدراهم والدنانير اثمان أبدأ وذوات القيم مبيعة أبدأ والمثلثات  
 من المكبلات والموزونات والمعدودات المتقاربة اذا قوبلت بالتقدم مبيعة أو بالاعيان وهي معينة فمن  
 أو غير معينة فبيعة كمن قال اشترى كرام الخنطة بهذا العبد فلا يصح الاشرائط السلم وقيل  
 المثلثات اذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها ممن مطلقا ولو دخل عليها الباء اذا عرف هذا فالاثمان يجوز  
 التصرف فيها قبل القبض استبدالا في غير الصرف والسلم واختلف في القرض والاصح جوازه  
 والمبيعات تقدم حالها عند ذكنا الالتحاق ولو باع عبدا وسلمه ثم أقال فبيعه من المشتري قبل القبض يجوز  
 ومن الاجنبى لا يجوز وللشافعي قولان والاصل ان البيع متى انسخ بسبب هو فسخ من كل وجه في حق  
 كافة الناس فبيعه قبل القبض جائز من كل أحد وما هو فسخ في حق العاقدين بيع في حق ثالث يجوز  
 من المشتري لا الاجنبى (قوله ومن اشترى مكبلا مكبلا أو موز وناموازنة) أى اشترى على كذا كيلا  
 أو رطلا (فاكثاله أو تزنه) لنفسه (ثم يباعه مكبلا أو موزا) في الموزون (لم يجز للمشتري منه أن  
 يبيعه حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه  
 صاعان صاع البائع وصاع المشتري) روى من حديث جابر هكذا لكن بلفظ الصاعان معروفا أسنده عنه  
 ابن ماجه واسحق وابن أبي شيبة وأصل محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وبلغه من حديث أبي هريرة  
 وزاد فيه فيكون اصحابه الزيادة وعليه نقصان رواه البراز حدثنا محمد بن عبد الرحمن حدثنا مسلم  
 الجرمي حدثنا محمد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة وقال لانعله يروى  
 عن أبي هريرة الامن هذا الوجه وله طريقان أخران عن أنس وابن عباس ضعيفان وقال عبد الرزاق  
 أخبرنا معمر عن يحيى بن أبي كثيران عثمان بن عفان وحكيم بن حزام كانا يتبعان التمر ويجهلان في غوائر

قال المصنف (والاجارة  
 قيل على هذا الاختلاف)  
 أقول قال العلامة الكاكي  
 وفي الايضاح ما لا يجوز  
 بيعه قبل القبض لا تجوز  
 اجارته لان صحة الاجارة  
 بملك الرقبة فاذا ملك

التصرف في الرقبة ملك التصرف في التابع وما لا فلا وفي الفوائد الظهيرية وقيل الاجارة لا تجوز بالاخلاف وهو الصحيح لان المنافع  
 بمنزلة المنقول والاجارة تملك المنافع فيمتنع جوازها لذلك وفي الكافي وعليه الفتوى انتهى (قوله لان المنافع بمنزلة المنقول) في الفصل  
 التاسع عشر من الفصول العبادية والشيخ الامام أبو الفضل الكرماني أورده عليه اشكالا لانه اذا أجز المستأجر قبل القبض يجوز ولو صح  
 ما قال لا يجوز انتهى قال ابن البرزقي وأنت خبير بأن العين قائم مقام المنفعة في حق ارتباط الاكنتين فيمنظر أيضا الى ما قام به المنفعة انتهى  
 وما ذكره تأييدا للاشكال لا جواب عنه كما هو ظاهر عبارته

قال المصنف (لان الزيادة) واعترض بأن الزيادة لا تنصور في المجازفة وأجيب بأن من الجائز انه اشترى مكيلة لا مكيلة فاكناه على الله عشرة أفقره مثلاً ثم باعه مجازفة فاذا هو اشترى في الواقع فيكون زيادة على المكيل الذي اشتراه المشتري الاول وفيه من الشغل ما ترى وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البائع وذلك بأن باع مجازفة وفي ذهنه انه مائة فقير فاذا وزايد على ما ظنه فالرائد لا يشتري ويجوز ان يجعل من باب الغرض ومعناه (٣٦٨) ان المانع من التصرف هو احتمال الزيادة ولو فرض في المجازفة زيادة كانت

للمشتري حيث لم يقع العقد مكيلة فهذه المانع على تقدير وجوده لم يمنع التصرف على تقدير عدمه أولى ويجوز فرض الحال اذا تعلق به غرض كقوله تعالى ان تدعوهم لا يسמעوا دعاءكم ولستمعوا واما استجواب الكيل وفي الرابع يحتاج الى كيل واحد إما كيل المشتري أو كيل البائع بحضرته لان الكيل شرط لجواز التصرف فيما يبيع مكيلة لمكان الحاجة الى تعيين المقدار الواقع مبيعاً وأما المجازفة فلا يحتاج اليه لما ذكرنا فان قيل انتهى عن بيع الطعام الى الغاية المذكورة يتناول الاقسام الاربعة فما وجه تخصيصه بما في الكتاب فالجواب انه معاين باحتمال الزيادة على المشروط وذلك بما يتصور اذا بيع مكيلة فلم يتناول ما عداه ورد بأنه دعوى مجردة وأجيب بأن النقص عن عهدته ذلك بأن يقال قوله تعالى وأحل الله البيع يقتضى جوازه مطلقاً وهو مخصوص بآية الربا فيجاز تخصيصه بخبر الواحد وفيه

لان الزيادة وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة اذا اذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ثم يبيعه بذاك الكيل فنهاها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبيعه حتى يكيل لمن ابتاعه منهم ما هذا الحديث حجة لكثرة تعدد طرقه وقبول الأئمة اياه فانه قد قال بقولنا هذا ما لاك والشافعي وأحمد رضي الله عنهما وحين علله الفقهاء يجعلونه من تمام القبض اذ بالكيل يتميز حقه عن حق البائع ادعى ان يكون أنقص أو أزيد فيضيق ماله عند البائع أو مال البائع عنده فالحق وانع الباع منع الا كل قبل الكيل والوزن وكل تصرف يبنى على الملك كالهبة والوصية وما أشبههما والحقوق بالمكيل الموزون وينبغي الحاق المعدود الذي لا يتفاوت كالجوز والبض اذا اشترى معاددة وبه قال أبو حنيفة في أظهر الروايتين عنه فافسد البيع قبل العقد ثانياً لا اتحاداً للجامع وهو وجوب تعرف المقدار وزوال احتمال اختلاط المالكين فان الزيادة فيه البائع خلافاً لما روى عنهم من جواز البيع الثاني قبل العد ولما كان في المذروعات الزيادة عند الحنفية لا يشتري لم يلحقوها فلا يشتري ثم باع على انه عشرة اذرع جاز ان يبيعه قبل الذرع لانه لو زاد كان للمشتري ولو نقص كان له الخيار فاذا باعه بالذرع كان مسقطاً خياره على تقدير النقص ولهذا ذلك ولما كانا انتهى عن بيع الطعام اقتصر على ما اذا كان المكيل أو الموزون مبيعاً فلو كان ثمانية ان اشترى بهذا البر على انه كرفقبضه جاز تصرفه فيه قبل الكيل والوزن لان التصرف في الثمن قبل قبضه جائز فاولى ان يجوز ان تصرف فيه قبل ما هو من تمام قبضه ثم لا يخفى ان ظاهر النص منع بيع الطعام لا مكيلة فيقتضى منع بيعه مجازفة ولا نعلم خلافاً في ان ظاهره متروك وانه محمول على ما اذا وقع البيع مكيلة أما اذا اشترى مجازفة بيع صبرة فله ان يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لان كل المشار اليه فلا يتصور اختلاط المالكين وقول المصنف فيه (لان الزيادة) قيل معناه الزيادة على ما كان يظنه بأن ابتاع صبرة على ظن أنها عشرة قطهرت خمسة عشر ونكف غيره وكذا ما يقيد بظاهره من التزام جريان الصاعين محمول على ما اذا اشترى البائع مكيلة وباعه كذلك أما اذا اشترى مجازفة فاما يحتاج اذا باعه مكيلة الى كيل واحد للمشتري وقول الراوى حتى يجري فيه صاعان صاع البائع معناه صاع البائع لنفسه وهو محمول على ما اذا كان البائع اشترى مكيلة أو مالاً كان ملكه بالارث أو الزرعة أو اشترى مجازفة أو استقرض حنطة على انها كرتبها فالحاجة الى صاع واحد وهو صاع هذا المشتري وان كان الاستقراض تملكاً بعوض كالثراء لكنه شراء صورة عارية حكم لان ما يردده عين المقبوض حكماً ولهذا لم يجب قبض بدله في مال الصرف فكان تملكاً بلا عوض حكماً ولو اشترى مكيلة ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه وفي نوادر ابن سماعه يجوز واذا عرف ان سبب النهي أمر يرجع الى المبيع كان البيع فاسداً ونص على الفساد في الجامع الصغير ونص على انه لو أكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال انه أكل حراماً لانه أكل ملك نفسه الا أنه أكل تركه ما حرمه من الكيل فكان هذا الكلام أصلاً في سائر المبيعات يباع فاسداً اذا قبضه اقل كميته ثم أكلها وتقدم انه لا يحل أكل ما اشترى فاسداً وهذا بين ان ليس كل ما لا يحل أكله اذا أكله أن يقال فيه

ذكر جريان الصاعين وليس ذلك الا لتعيين المقدار وتعيين المقدار انما يحتاج اليه عند توهيم زيادة أو نقصان فكان في كل النص ما يدل على انه معاين بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جائزاً بلا كيل ثم في قوله اشترى مكيلة لا إشارة الى انه لو ملكه كهيبة أو ارث أو وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبائع وغيره وكذا لو وقع ثمناً كسياتى وحكم بيع الثوب مذارعة حكم المجازفة في المكيل لان الزيادة اذا اذرع وصف في الثوب فلم يكن هنالك احتمال الزيادة فلم تكن في معنى ما ورد به النص لتطابقه بخلاف القدر فانه مبيع لا صرف

ولا يعتبر بكيل البائع وهو المشتري الاول قبل البيع وان كان بحضرة المشتري الثاني لان الشرط صاع البائع والمشتري وهذا ليس كذلك ولا بكيله بعد البيع بغية المشتري لان الكيل من باب التسليم اذ المبيع يصير به معلوما ولا تسليم الا بحضرة ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم وانتفى احتمال الزيادة وحمل الحديث اجتماع الصفتين على ماسأى في باب السلم أن من أسلم في كره لما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا أو امر رب المال بقبضه لم يكن قبضا وان أمره أن يقبضه لم يقبضه لنفسه فأكاله ثم أكاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين واعلم ان في كلام المصنف رحمه الله ايمام التناقض وذلك لانه وضع المسئلة أولا فيما اذا كان العقدان بشرط الكيل واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث ثم ذكر في آخر المسئلة ان الصحيح ان يكتفى بالكيل الواحد وهو يقتضى أن يكون وضع المسئلة فيما يكون عقدا واحدا (٣٦٩) بشرط الكيل لما ان الاكتفاء

بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية انما هو في العقد الواحد بشرط الكيل وأما اذا وجد العقد بشرط الكيل فلا اكتفاء بالكيل الواحد فيه ليس بصحيح من الرواية بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين ودفعه بأن يكون المراد بالبائع في قوله ولو كاله البائع المشتري الاول وبالمشتري هو الثاني وبالمبيع هو البائع الثاني ومعناه ان المشتري اذا باع مكايلا وكاله بحضرة مشتريه يكتفى بذلك لما ذكرنا من الدليل ويدل على ذلك قوله وحمل الحديث اجتماع الصفتين فانه يدل على ان في هذه الصورة اجتماع الصفتين غير منطوق راليه فكأنه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين

ولا يعتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغية المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرة ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم وحمل الحديث اجتماع الصفتين على ما تبين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عدافه وكالذرع فيما روى عنهما لانه ليس بمال الربا وكالوزن فيما روى عن أبي حنيفة رحمه الله لانه لا تحل له الزيادة على المشروط قال (والتصرف في الثمن قبل القبض جائز)

أكل حراما (قوله ولا يعتبر بكيل البائع قبل البيع) من المشتري الثاني (وان كان) كاله لنفسه (بحضرة المشتري) عن شرائه هو (لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط) بالنص (ولا بكيله بعد البيع) الثاني (بغية المشتري) وغية وكيله في القبض لان التسليم الى الغائب لا يتحقق وهذا الكيل المأمور به لتسليم المقدار الواجب (وان كاله) أو وزنه (بعد العقد بحضرة المشتري) مر فيه اختلاف المشايخ قال عامتهم كفاه ذلك حتى يحل للمشتري التصرف فيه قبل كيله ووزنه اذا قبضه وعند البعض لا بد من الكيل أو الوزن مرتين احتجا بظاهر الحديث والصحيح قول العامة لان الغرض من الكيل والوزن صيرورة المبيع معلوما وقد حصل بذلك الكيل واتصل به القبض وحمل ظاهر الحديث اذ اوجد عقدان بشرط الكيل بأن يشتري المسلم اليه من رجل كرا لاجل رب السلم وامر رب السلم بقبضه اقتضاء عن ساه فان في ذلك يشترط صاعان صاعا للسلم اليه وصاعا لرب السلم فيكيله بالسلم اليه ثم بكيله لنفسه بخلاف كيله بغية لانه انتفاء التسليم من الغائب فيثبت احتمال الاختلاط فلا يجوز ان يصرح بنفيه ما في الجامع في بيع قفيز من صبرة اذا كان البائع قفيزا منها غير حضرة المشتري فهلك أن البيع قائم في قفيز مما بقي ولا يقع به الاقرار ومن هنا ينشأ فرع وهو مالو كسل الطعام بحضرة رجل ثم اشترى في المجلس ثم باعه مكايلا قبل ان يكتبه بعد شرائه لا يجوز هذا البيع سواء أكاله للمشتري منه أولا لانه لم يكتب بعد شرائه هو لم يكن قابضا فيعيه بيع ما لم يقبض فلا يجوز (قوله والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) بالمبيع والهبة والاجارة والوصية سواء كان مما يتعين أو لا يتعين

فما اذا اجتمعت الصفتان كما في أول المسئلة وماسأى في باب السلم وأما فيما نحن فيه فلا هذا اذا انظرنا الى التعليل وهو قوله ولانه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع بقتضى أن يكتفى بالكيل الواحد في أول المسئلة أيضا كما ذكرنا ولو ثبت ان وجوب الكيلين عزيمة والاكتفاء بالكيل الواحد رخصة أو قياس أو استحسان لكان ذلك مدفعا جازيا على القوانين لكن لم أظفر بذلك ولو اشترى المعدود عدافه وكالذرع فيما روى عن أبي يوسف ومحمد وهو رواية عن أبي حنيفة لانه ليس بمال الربا ولهذا جاز بيع الواحد بدلا لثنتين فكان كالذرع وحكمه قد مر أنه لا يحتاج الى إعادة الذرع اذا باع من اربعة وكالوزن فيما روى عن أبي حنيفة وهو قول الكرخي لانه لا تحل له الزيادة الا ترى ان من اشترى جوزا على ان يملأ ألف فوجدها أكثر لم تسلم له الزيادة ولو وجدها أقل يسترد حصة النقصان كالوزن فلا بد لجواز التصرف من العد كالوزن في الموزون قال (والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) سواء كان مما لا يتعين كالنقد أو مما يتعين



كالمكيل والموزون حتى لو باع ابله درهم أو بكر من الحنطة حاران ياخذ بده شيا آخر قال ابن عمر رضي الله عنهما كنا نبيع الابل في البسيع فتأخذ مكان الدرهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم وكان يجوز درهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن المطلق للتصرف وهو المالك قائم والمانع وهو غرر الانقاس (٣٧٠)

لقيام المطلق وهو المالك وليس فيه غرر الانقاس باله سلا ل لعدم تعينها بالتعين بخلاف البسيع قال (ويجوز للشري أن يزد البائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزد للشري في البسيع ويجوز أن يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) فالزيادة والحط يلحقان بأصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يمان على اعتبار الاتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة مما لا يصير ملكه عوض ملكه فلا يلحق بأصل العقد وكذا الحط لأن كل الثمن صار مقبلا بكل البسيع فلا يمكن أخرجه فصار برامبتدا

عندنا سوى بدل الصرف والسلم لأن المالك مطاق وكان القياس ذلك أيضا في البسيع إلا أنه منع بالنصر لغير الانقاس وليس في الثمن ذلك لأنه إذا هلك الثمن المعين لا يفسخ البسيع ونقص قيمته وسائر الدون كالثمن لعدم الغرر بعدم الانقاس باله سلا كالمهر والجرة وضمن المتلفات وغيرها واستثناء السلم لأن للقيوض حكم عين البسيع والاستبدال بالبسيع قبل القبض لا يجوز وكذا في الصرف وأيده البسيع وهو ما في السنن الأربعة عن سمك عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال كنت أبيع الابل بالبسيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدرهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير فأنبت النبي صلى الله عليه وسلم وهو يريد أن يدخل حجرته فأخذت بثوبه فسأله فقال إذا أخذت واحدا منها بالآخر فلا يفارقك وبينك وبينه ببيع فان هذا ببيع الثمن الذي في الذمة قبل قبضه بالنقد الخالف له وقد صححه الحاكم والدارقطني وقول الترمذي لأنه عرفه مرفوعا لا من حديث سمك لا يضره وإن كان شعبة قال حدثني قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر لم يرفعه وحدثني داود بن أبي هند عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه وحدثني فلان أراه أيوب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه ورفع سمك وأنا أهابه لأن المختار في تعارض الرفع والوقف تقديم الرفع لأنه زيادة والزيادة من الثقة مقبولة ولأن الظاهر من حال ابن عمر وشدة اتباعه لأثره أنه يمكن يقتضي أحد التقدين عن الآخر مستمرا من غير أن يكون عرفه عنه صلى الله عليه وسلم وأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يفارقه وبينهما ببيع معناه دين من ذلك البسيع لأنه صرف فتح النسبة فيه وأما الميراث فالصرف فيه جائز قبل القبض لأن الوارث يخلف المورث في الملك وكان للبنت ذلك التصرف فكذلك الوارث وكذا الموصي له لأن الوصية أخت الميراث (قوله ويجوز للشري أن يزد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزد للشري في البسيع ويجوز أن يحط من الثمن) وسند كشرط كل منهما (و يتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) من المزد عليه والزيادة حتى كان للبائع حبس البسيع إلى أن يستوفي الزيادة إذا كان الثمن حالا وليس للشري أن يمنع الزيادة ولا مطالبة البائع بتسليم البسيع قبل إعطائها ولو سلمها ثم استحق البسيع رجع به إلى أصل الثمن وفي صورة الحط للشري مطالبة البائع بتسليم البسيع إذا سلم الباقي بعد الحط (وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يمان) أي الزيادة والحط (على اعتبار الاتحاق) بأصل العقد (بل) الزيادة برامبتدا من البائع والمشتري والحط إبراء من بعض الثمن متى رده يرتد وجهه قوله ما إن البسيع دخل في ملك المشتري بالقدرة الأولى فالوالتحق بالعقد صار ملكه وهو ما زاد به لا عن ملكه وهو البسيع وكذا الثمن دخل في ملك البائع فالوالتحق بالزيادة في البسيع كان المزد عوضا عن ملكه أعني الثمن قلنا إنما يكون ما ذكرتم لو التحق بالعقد مع عدم تغييره لكانا إنما قلنا إنما هما

( ويجوز للشري أن يزد البائع في الثمن) إذا اشترى عينا بمائة ثم زاد عشرة مثلا أو باع عينا بمائة ثم زاد على البسيع شيئا أو حط بعض الثمن جاز والاستحقاق يتلق بكل ذلك فيملك البائع حبس البسيع حتى يستوفي الأصل والزيادة ولا يمان المشتري مطالبة البسيع من البائع حتى يدفعها إليه ويستحق المشتري مطالبة البسيع كله بتسليم ما بين يده الحط ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعني الأصل والزيادة فإذا استحق البسيع رجع المشتري على البائع بها وإذا جاز ذلك فالزيادة والحط يلحقان بأصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يمان على اعتبار الاتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة أي الهبة ابتداء لا تتم إلا بالتسليم لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة مما لا يصير ملكه عوض ملكه لأن المشتري ملك البسيع بالعقد المسمى ثمنًا فالزيادة في الثمن تكون في مقابلة ملك نفسه وهو البسيع وذلك لا يجوز وفي الحط

الثن كماه مقابل بكل البسيع فلا يمكن أخرجه عن ذلك فصار برامبتدا

(قوله لعدم تعينها بالتعين أي في التقود) أقول فيكون الدليل أخص من المدعي قال المصنف (وكذا الحط لأن كل الثمن صار مقبلا بكل البسيع فلا يمكن أخرجه فصار برامبتدا) أقول قوله وكذا الحط أي لا يلحق بأصل العقد (قوله فلا يمكن أخرجه أي أخرجه كل الثمن عن المقابلة بكل البسيع)

ولأن البائع والمشتري بالخط والزيادة غير العقد بتراضيهما من وصف مشروع الى وصف مشروع لان البيع المشروع خاسر وراجح  
وعند الزيادة في الثمن تجعل الخاسر عدلا والعدل راجحا والخط يجعل الراشع عدلا والعدل خاسرا وكذلك الزيادة في المبيع وله ما ولاية  
انصرف برفع أصل العقد بالاقالة فأولى أن يكون له ما ولاية التغيير من وصف الى وصف لان التصرف في صفقة الشيء أخون من  
التصرف في أصله وصار كما إذا كان لاحد العاقدين أو لهما خيار الشرط فاستثنأا وشروطه بعد العقد فصح الحاق الزيادة بعد تمام العقد  
وانما صح يلتحق بأصل العقد لان الزيادة في الثمن كالموصف فيه ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء لا بنفسه فان الزيادة تقوم بالثمن لا بنفسها  
فان قيل لو كان خط البعض صحها لكان خط الكل كذلك اعتبارا للكل ببعض أحاب المصنف بالفرق بقوله بخلاف خط الكل لانه  
تبدل بأصله لا بتغيير بوصفه لأن عمل الخط في اخراج القدر المحطوط من أن يكون ثمنًا فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في خط البعض لوجود  
ما يصح ثمنًا وأما خط الجميع فتبديل العقد لانه ما أن يبقى بيعا باطلا لعدم الثمن حينئذ وقد علمت انه حال يقصد اذ ذلك أو بصريه  
وقد كان قصد هما التجارة في المبيع دون الهبة فلا يلتحق بأصل العقد لوجود (٣٧١) المانع ولا يلزم من عدم الالتحاق

لمانع عدمه لا المانع  
فيلتحق خط البعض بأصل  
العقد وعلى اعتبار الالتحاق  
لا تكون الزيادة عوضا عن  
ملكه ويظهر حكم  
الالتحاق في التولية  
والمراجعة حتى تجوز على  
الكل في الزيادة وعلى  
الباقى في الخط فان البائع  
اذا خط بعض الثمن عن  
المشتري والمشتري قال  
لا خير ولينك هذا الشيء  
وقع عقد التولية على ما بقى  
من الثمن بعد الخط فكان  
الخط بعد العقد ملحقا  
بأصل العقد كان الثمن في  
ابتداء العقد هو ذلك المقدار  
وكذلك في الزيادة ويظهر  
حكمه ايضا في الشفعة حتى  
أخذ الشفعين بابقى في الخط

ولأنهم ما بالخط والزيادة غير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه راجحا أو خاسرا  
أو عدلا وله ما ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ما ولاية التغيير وصار كما إذا أسقط الخيار أو شرطه بعد العقد ثم  
إذا صح يلتحق بأصل العقد لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف خط الكل لانه تبديل لأصله لا بتغيير  
لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية  
والمراجعة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويأشرك على الباقي في الخط وفي الشفعة حتى يأخذ باقى في الخط  
بالزيادة والخط غير العقد عن وجهه الاول وهو كونه بذلك المقدار الى كونه بهذا المقدار ورأينا الشرع  
أنبت لهما ما ولاية تحويل العقد من صفقة الى صفقة ومن وجوده بعد تحققه في الوجود الى اعدامه بلا  
سبب سوى اختيارهما أما الاول فتحوى به من عدم الزوم الى الزوم باسقاط الخيار وعكسه بالحاق  
الخيار وكذا من كونه حالاً الى مؤجل بالحق الاجل كما سئذ كرفي تأجيل الثمن الحال عندنا وأما الثاني  
فبالاقالة وهي تبعده الى قديم الملك فأولى أن يثبت لهما تغييره من وصف كونه راجحا الى خاسر أو خاسرا  
الى راجح والى كونه عدلا وثبت صحة الخط شرعا في المهر بقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به  
من بعد النكاح فبين انهما اذا تراضيا بعد تقدير المهر على خط بعضه أو زيادته جاز وان ثبت تصحيح ذلك  
لزم الالتحاق بأصل العقد ضرورة اذ تغييره يوجب كونه عقدا بهذا القدر فبالضرورة يلتحق ذلك به اذ  
وصف الشيء يقوم به بخلاف ما لو خط الكل لانه تبديل لأصله لا بتغييره فخرج عن  
كونه عقدا معاوضة الى عقد تبرع فلا يلتحق به واذا ثبت الالتحاق اتفق قولهم الزيادة عوض عن ملكه  
الى آخر ما ذكرنا (ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمراجعة فتجوز) (على الكل) من  
الأصل والرائد ويجب ان يراجح على المبيع الاول وما زاده البائع مبيعا لا الاول فقط وكذا التولية  
(ويأشرك) العقد في المراجعة والتولية (على الباقي) بعد الخط (و) كذا (في الشفعة حتى يأخذها)  
الشفيع (بالباقي) فقط فان قيل لو اتحقا لزم أن يأخذها الشفيع في صورة الزيادة بالمجموع من

(قوله نصار) أى كل واحد من الزيادة والخط قال في الذخيرة وفي المحيط السهراني في الفصل الحادى عشر من كتاب البيع اذا وهب  
بعض الثمن قبل القبض أو أبرأه عن بعض الثمن قبل القبض فهو خط أيضا وان كان البائع قد قبض الثمن ثم خط البعض أو وهب البعض  
بأن قال وهبت منك بعض الثمن أو قال خطت عنك بعض الثمن صح ووجب على البائع رد مثل ذلك على المشتري ولو قال أبرأتك عن الثمن  
بعد القبض لا يصح الأبراء انتهى ووجه الفرق مذكور في الكتابين المذكورين فراجعهم ما قاله منهم في الغاية (قوله) واذا صح يلتحق  
بأصل العقد لان الزيادة في الثمن كالموصف له (أقول الزيادة في الكميات والموزونات والمعدودات ليست بوصف فكيف يصح  
الالتحاق فيها اذا كانت مبيعة) (قوله) ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء (أقول وعندى أن المراد بالوصف هو كون العقد خاسرا وراجحا  
وعدلا على ما يدل عليه سياق الكلام ولوصح ما ذكره لى التحاق الخط بلا دليل ولا يلحق ما فيه) (قوله) فان قيل لو كان خط البعض صحها  
لكان خط الكل كذلك الخ (أقول يعنى بطريق الالتحاق والخط الكل صحيح بطريق البر والنسبة بالاتفاق (قوله) فالشرط فيه  
قيام الثمن (أقول والالم يكن بيعا (قوله) لانه ما أن يبقى بيعا باطلا) (أقول كما سبق في أحكام البيع الفاسد) (قوله) فليلتحق خط البعض  
أقول لا يكتفى لشرب الالتحاق عدم المانع منه بل لابد من مقتضى أيضا ولم يبين فلا يستقيم التفسير

(قوله وانما كان للشفيع) جواب سؤال مقدر تقديره لو كانت الزيادة ماثقة بأصل العقد لاخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد وتقرير الجواب انما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لأن حقه تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطال له وليس له ما ولاية على ابطال حتى الغير بتراضيهما (٣٧٣) وهذا كله اذا كان المبيع قائما وأما بعد هلاكه فلا تصح الزيادة في الثمن على ظاهر

وانما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكه ثم الزيادة لا تصح بعده هلاك المبيع على ظاهر الرواية لأن المبيع لم يبق على حاله يصح الاعتياض عنه والشئ يثبت ثم يستند بخلاف الخط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استنادا قال (ومن باع بثمن حال ثم أجله أجل معلوم ماض مؤجلا) لأن الثمن حقه فله أن يؤخره تبسيرا على من عليه

الاصل والرائد وهو منتف بل لا يأخذ بدون الزيادة أو يقال فلم يفرق بين الخط والزيادة بالنسبة الى الشفيع أجاب بقوله (وانما كان للشفيع أن يأخذها) في صورة الزيادة (بدون الزيادة) في الزيادة من ابطال حقه الثابت) قبلها فان مجرد العقد الاول تعلق حقه بأخذها بما وقع عليه التراضي الاول وعقده والزيادة بعد ذلك في الثمن تصرف حدث منه ما يبطل حقه فلا ينفذ تصرفهما ذلك عليه ثم شرع يذ كر شرط الزيادة والخط فقال (ثم الزيادة) الى آخره يعني ان شرطها قيام المبيع في ظاهر الرواية فلو هلك حقيقة بان مات العبد أو الدابة أو الحيوان أو عتقه أو دبره أو كاتبه أو استولدها أو باع أو وهب وسلم أو أجزأ ورهن ثم باعه من المستأجر والمرتهن أو وطبخ اللحم أو طعن الحنطة أو نسج الغزل أو تخمر العصور أو أسلم مشترى الخردم لا تصح الزيادة لفوات محل العقد اذا العقد لم يرد على المطعون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب أحق به اذا فعل في المغصوب ذلك وكذا الزيادة في المهر شرطها بقاء الزوجية فلوراد بعد موتها لا تصح بخلاف ما لو ذبح الشاة المبيعة ثم زاد حيث ثبتت الزيادة وكذا اذا أجزأ ورهن أو خاط الثوب أو اتخذ الحديدي سيفاً أو قطع يد المبيع فاخذ المشتري ارشها حيث ثبتت الزيادة في كل هذه وانما لم يثبت فيما ذكرنا من صور الهلاك (لانه لم يبق على حال يصح الاعتياض عنه) والاتحاق وان كان يقع مستندا فالمستند لا بد أن يثبت أولا في الحال ثم يستند وثبوته معتذرا لتفاءل محل فتعذر استناده فلا يثبت كالمبيع الموقوف لا يبرم بالاجازة اذا كان المبيع هالكا وقتها (وقوله على ظاهر الرواية) احتراز عما روي الحسن في غير رواية الاصول عن أبي حنيفة ان الزيادة تصح بعده هلاك المبيع كما يصح الخط بعده هلاكه وفي الميسوط وكذا اذا كانت الزيادة من الاجنبى وضمنها لانه التزامها عوضا وهذا الالتزام صحيح منه وان لم يملك شيئا بمقابلته كالموآخع امرأته مع اجنبى أو صالح مع الاجنبى من الدين على مال وضمنه صح وان لم يملك الاجنبى شيئا بمقابلته هذا في زيادة الثمن فاما الزيادة في المبيع ففي جمع التفاريق تجوز الزيادة في المبيع بعده هلاك المبيع وهكذا ذكر في المنتقى وتكون لها حصة من الثمن حتى لو هلك قبل قبض القبض سقطت حصتها من الثمن (بخلاف الخط) فانه يصح بعده هلاك المبيع لان المبيع بعد الهلاك بحيث يمكن حط (البذل) أي الثمن (عما يقابله) وحاصله اخراج القدر المخطوط عن أن يكون ثمنافا لما يشترط فيه قيام الثمن دون المبيع والثمن باق فيثبت الخط ملتحقا بأصل العقد الا ترى انه يصح الخط بسبب العيب بعد الهلاك فانه يرجع بالنقصان وبه يكون الثمن ماسوى ما يرجع به فاسقاط عوض المعلوم يصح والاعتياض عنه لا يصح (قوله ومن باع بثمن حال ثم أجله أجل معلوم ماض مؤجلا) وهو قول مالك خلافا للشافعي وكذا قوله في كل دين حال لا يصير مؤجلا بالاجيل وهو قول زفر لانه بعد أن كان حلالا ليس الا وعده بالتأخير قلنا (الثمن حقه فله ان يؤخره تبسيرا على من عليه)

الرواية لان المبيع لم يبق على حاله يصح الاعتياض عنه اذا الاعتياض انما يكون في موجود والشئ يثبت ثم يستند ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا تستند بخلاف الخط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الخط في الحال ويلتحق بأصل العقد استنادا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة انه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ووجهه أن يجعل المقود عليه قائما تقدير او تجعل الزيادة تغييرا كما جعل قائما اذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب وهذا لان قيام العقد بالعاقدين لا بالحل واشترائط الحل لا ثبات الملاك أو ابقائه بطريق التجدد فلم يكن لبقاء العقد في حقه فائدة فأما فيما وراء ذلك ففيه فائدة فتبقى الزيادة في المبيع جائزة لانها تثبت في مقابلة الثمن وهو قائم ويكون لها حصة من الثمن حتى لو هلك قبل القبض سقط بحصتها شئ من الثمن

قال (ومن باع بثمن حال) ثم أجله بأجل معلوم اذا باع شيئا بثمن حال ثم أجله لا يتحقق أن يكون الاجل معلوماً ومجهولاً وهذا فان كان الاول صح وصار مؤجلا وقال زفر لا يلحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعي لانه دين فلا يتأجل كالقرض ولنا ان الثمن حقه فجاز أن يتصرف فيه بالتأجيل رفقا بمن عليه

(قوله والزيادة في المبيع جائزة) أقول بعد الهلاك

ولان التأجيل اثبات برائة مؤقتة الى خاتم الاجل وهو تلك البرائة المطلقة بالابراء عن التثني فلا تملك البرائة المؤقتة أولى وان كان الثاني فلا يتخلو إما أن تكون الجهالة فاحشة أو يسيرة فان كان الاول كما اذا أجهل الى هبوب الريح ونزول المطر لا يجوز وان كان الثاني كالحصاد والدياس جاز كالكفالة لان الاجل لم يشترط في عقد المعاوضة فصح مع (٣٧٣) الجهالة اليسيرة بخلاف البيع

(وقد ذكرناه من قبل) يعني في أواخر البيع الفاسد قال (وكل دين حال اذا أجهل صاحبه صار مؤجلاً) لما ذكرنا (الاقرض) فان تأجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصى والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسبية وهوربا وهذا بخلاف ما اذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقاً للوصى والله تعالى أعلم

وهذا لا يستلزم الدعوى وهو لزوم الاجل بالتأجيل فانه يقول لاشك ان له ان يؤخر انما الكلام في انه يلزم التأخير بشرعاً اذا أخر وقوله (الأتري) الى آخره يستدل به مستقلاً في المطالب وهو أن الشرع أثبت عند اسقاطه السقوط والتأجيل التزام الاسقاط الى وقت معين فيثبت شرعاً السقوط الى ذلك الوقت كما ثبت شرعاً سقوطه مطلقاً باسقاطه مطلقاً (ولو أجهل الى أجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح) وحجي المطر (لا يجوز) ولا يجوز التأجيل به ابتداء (وان كانت يسيرة) كالحصاد والدياس يجوز) ويلزم كما اذا كفل اليها (وقد ذكرناه من قبل) يعني في آخر باب البيع الفاسد لان الاجل المجهول لم يشترط في عقد البيع ليفسده بل فيما هو دين (وكل دين حال اذا أجهل صاحبه صار مؤجلاً) لما ذكرنا (الاقرض) فان تأجيله لا يصح) ولو شرط الاجل في ابتداء القرض صح القرض وبطل الاجل وعند مالكا يصح أيضاً لان القرض صار في ذمته كسائر الديون ولومات المقرض فأجل ورثته صرح قاضخان بأنه لا يصح كالأجل المقرض وقول صاحب المبسوط ينبغي أن يصح على قول البعض لا يعارضه ولا يفيد ما يعتمد عليه ولا فرق بين أن يؤجل بعد استهلاك القرض أو قبله وهو الصحيح وليس من تأجيل القرض تأجيل بدل الدراهم والدنانير المستهلكة اذ باستهلاكها لا تصير قرضاً والحيلة في لزوم تأجيل القرض ان يحيل المستقرض المقرض على آخر يدينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل الخمال عليه فيلزم حينئذ وجه المسئلة ان القرض تبرع (لانه صلة في الابتداء واعارة حتى يصح) القرض (بلفظ أعرتك) هذه الالف بدل أفرضتهك ونحوه (ولهذا) لا يملكه من لا يملك الصلات والتبرعات كالوصى والصبي والعبد والمكاتب (ومعاوضة في الانتهاء) لانه اعطاء ليأخذ به بعد ذلك ولهذا يلزم رد مثله بعد ذلك وأخذته (فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل كما) لا يلزم تأجيل (الاعارة) فانه لو اعاره المتاع الى شهر كان له ان يسترده في الحال اذ لا تأجيل في التبرع (وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح) أيضاً (لانه يصير) بهذه المعاوضة (بيع دراهم بمثلها نسبية وهوربا) ولانه لو لم كان التبرع مازماً على المتبرع شيئاً كالكف عن المطالبة فيما نحن فيه وهو ينافي موضوع التبرعات قال تعالى ماعلى المحسنين من سبيل نفي السبيل عنهم على وجه نصوصية الاستعراق فلولا لم تحقق سبيل عليه ثم للثلث الردود حكم العين كأنه رد العين ولولا هذا الاعتبار كان تعليق دارهم بدراهم بلا قبض في المجلس فلزم اعتبارها شرعاً كالعين واذا جعلت كالعين فالتأجيل في الاعيان لا يصح (بخلاف ما اذا أوصى أن يقرض من ماله ألف لفلان الى سنة حيث يلزم) ذلك (من ثلثه لانه وصية بالتبرع) فيلزم كما يلزم الوصية بخدمة عبده وسكنى داره

(٣٥ - فتح القدير خامس) كالوصية بالخدمة والسكنى في كونها وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها

(قوله حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه) أقول العبارة الصحيحة أن يقرضوه من ثلثه لا يلزم تقديم معمول ما في حيز أن عليه ونصح ما في الكتاب يجعل المذكور تفسيراً للمقدّر قبل أن والله أعلم

ألا ترى أنه لو أوصى بثمره بستانه لفلان صح ولزم وإن كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التأجيل في الفرض حتى لا يجبر الورثة  
مطالبة الموصى بالاسترداد قبل السنة حتماً موصى والله أعلم

### باب الربا

لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها، انصرف إلى بيان ما شرع في بيع بين اثنين فذكر في بيان أركان البيع من  
مباشرته بقرينة تعاقبها بالذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة فإن النهي يعقب الأمر وهذا لأن المقصود من كتاب البيوع بيان  
الحلال الذي هو الربا ولهذا لما قيل لمحمد ألا تصنف شيئاً في الزهد قال قد صنف

(٢٧٤)

### باب الربا

قال (الربا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلاً) فالعلة عندنا السكيل مع الجنس  
أو الوزن مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل  
سنة مع أنه لو أعاره عبده أو داره سنة كان له أن يسترده في الحال وهذا لأن باب الوصية أوسع من سائر  
التصرفات ألا ترى أنه لو أوصى بثمره بستانه جاز وإن كانت الثمرة معدومة في الحال رعاية لحق الموصى  
وتنظر إليه فضلاً من الله ورحمة والرجعة عليه أجازها الشارع وكان القياس أن لا تصح لأنها تملك مضاف  
إلى حال زوال مال كونه والله تعالى أعلم

### باب الربا

هو من البيوع المنهية قطعاً بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا بأبسط زيادة فيه فتناسب به بالراجحة  
أن في كل منهما زيادة الآن تلك حلال وهذه منهيّة والحل هو الأصل في الأشياء فقدم ما يتعلق بذلك  
الزيادة على ما يتعلق بهذه والربا بكسر الراء المهملة وفتحها خطأ (قوله الربا في كل مكيل أو موزون بيع  
بجنسه) وفي عدة من النسخ الربا محرم في كل مكيل إلى آخره وفي كثير منها زيادة متفاضلاً الربا يقال  
لنفس الزائد ومنه ظاهر قوله تعالى لا تأكلوا الربا أي الزائد في القرض والسلف على المدفوع والزائد  
في بيع الأموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه وسند كرتفصيلها ويقال لنقص الزيادة أعني بالمعنى  
المصدرى ومنه وأحل الله البيع وحرم الربا أي حرم أن يراد في القرض والسلف على القدر المدفوع وأن  
يراد في بيع تلك الأموال بجنسها قدر ليس مثله في الآخر لأنه حينئذ فعل والحكم يتعلق به ولا شك أن  
في قوله الربا في كل مكيل الأول بغير لفظ محرم لا يراد كل منه ماله لأنه كذب على إسقاط لفظ متفاضلاً  
أولاً فائدة فيه بتقدير إثباتها فكان المراد حكم الربا وهو الحرمة أما على استعمال الربا في حرمة فمكون  
لفظ الربا مجازاً أو على حذفه وإرادته فيكون من مجاز الحذف والربا بضم الراء زيادة مبتدأ أو المجرور  
خبره أي حرمة الزيادة ثابتة في كل مكيل ثم قوله (فالعلة السكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) مرادها  
بالفعل ما عرف أن الحكم المرتب على مشتق يوجب كون مبدأ الاشتقاق علة ولما رتب الحكم على  
المكيل والموزون مع الجنس تفرع عليه أن العلة السكيل مع الجنس (و) قد (يقال) بدل السكيل والوزن  
(القدر وهو أشمل) وأخصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح إذ يشمل العدة والذرع وليس من أموال الربا أي

كتاب البيوع وهو أنه بينت  
فيه ما يحل وما يحرم وليس  
الزهد إلا الاجتناب من  
الحرام والرغبة في الحلال  
والربا في اللغة هو الزيادة  
من ربا المال أي زاد  
وينسب فيقال ربوي بكسر  
الراء ومنه الأشياء الربوية  
وفتح الراء خطأ ذكره في  
المغرب وفي الاصطلاح هو  
الفضل الخالي عن العوض  
المشروط في البيع قال  
(الربا محرم في كل مكيل أو  
موزون) أي حكم الربا  
وهو حرمة الفضل  
والنسبة جارية في كل ما يكال  
أو يوزن إذا بيع بمكيل أو  
موزون من جنسه (فالعلة) أي  
لوجوب المماثلة هو (السكيل  
مع الجنس أو الوزن مع  
الجنس) قال المصنف (ويقال  
القدر مع الجنس وهو أشمل)  
لأنه يتناولهما وليس كل واحد  
منهما بما انفرد به يتناول الآخر

### باب الربا

(قوله لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها) أقول لا يقال البيوع الفاسدة من  
جمل تلك الأبواب وليس مما أمر الشارع بمباشرته لأن كون أكثر الأبواب مأموراً بالمباشرة يعني لغرضه (قوله عن العوض المشروط)  
أقول صفة العوض تدل على تعريف السخني في المكاتب بقوله الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن  
عوض شرط فيه تدبر وبذلك عرف المصنف في هذه الصحيفة قال المصنف (الربا محرم في كل مكيل) أقول في أكثر النسخ الربا في كل  
مكيل أو موزون بيع بجنسه ومنعناه حكم الربا وهو ثبوت الحرمة ثابت أو داخل أو جازاً ومستهقر في كل مكيل قال المصنف  
(وهو أشمل) أقول وقال ابن الهمام لكنه يشمل المذروع والعدد وليس من أموال الربا انتهى ويمكن أن يقال الالف واللام في القدر  
للعهد والمراد السكيل والوزن



(والأصل فيه الحديث المشهور) الذي تلقته العلماء بالقبول (ودقوله صلى الله عليه وسلم الخنطة بالخنطة مثلاً بمنزل يدا بيد والفضل ربا وعد الأشياء الستة الخنطة والشعير والتمر والمخ والذهب والفضة على هذا المثال) ومداؤه على عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وأبي سعيد الخدري ومعاً يبين أن سفيان رضى الله عنهم وروى بروايتين بالرفع مثل بمنزل (٢٧٥) وبالنصب مثلاً بمنزل ومعنى الأول

بيع الخنطة حذف المتضاف وأقيم المتضاف إليه مقامه وأعرب بأعرابه ومثله خبره ومعنى الثاني بيعوا التمر مثلاً بمنزل والمراد بالمثالة المماثلة من حيث الكيل يدلل ما روى كيلاً بكيل وكذلك في الموزون وزنا بوزن فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن لا ما ينطلق عليه اسم الخنطة فإن بيع حبة من خنطة بحبة منها لا يجوز لعدم التقوم مع صدق الاسم عليه ويخرج منه المماثلة من حيث الجودة والرداءة يدلل حديث عبادة بن الصامت جدهما وروى فيها سواء وكلام رسول الله صلى الله عليه وسلم يفسر بعضه بعضاً فإن قيل تقدير بيعوا بوجوب البيع وهو مباح أوجب بأن الوجوب مصروف إلى الصفة كقولك مت وأنت شهيد وليس المراد الأمر بالموت ولكن بالكون على صفة الشهداء إذا مات وكذلك المراد الأمر بكون البيع على صفة المماثلة (قوله يدا بيد) المراد به عندنا عين بعين وعند الشافعي قبض بقبض (قوله والفضل ربا) الفصل من حيث الكيل

والأصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام الخنطة بالخنطة مثلاً بمنزل يدا بيد والفضل ربا وعد الأشياء الستة الخنطة والشعير والتمر والمخ والذهب والفضة على هذا المثال ويرى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلاً ومعنى الأول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول بإجماع القائلين لكن العلة عندنا ما ذكرناه

علة تخرج من الزيادة كونه مكياً لا مع اتحاد البلدين في الجنس فهي علة مركبة (والأصل فيه الحديث المشهور) أخرجه الستة البخاري عن عبادة بن الصامت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ مثلاً لا سواء سواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد وأخرج مسلم من حديث أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مثله سواء وزاد بعد قوله يدا بيد في زاد أو استزاد فقد أربى وأخرج مسلم أيضاً من حديث أبي سعيد مثله وزاد بعد قوله فقد أربى إلا ما اختلفت أرواؤه وليس فيه ذكر الذهب والفضة والتقدير في هذه الروايات بيعوا مثلاً بمنزل وأما رواية مثل بالرفع ففي رواية محمد بن الحسن حدثنا أبو خنيفة عن عتيبة العوفي عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الذهب بالذهب مثل بمنزل يدا بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثل بمنزل يدا بيد والفضل ربا وهكذا قال إلى آخر الستة وكذا ما روى محمد في كتاب الصرف باسمه إلى عبادة بن الصامت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذهب بالذهب مثل بمنزل يدا بيد هكذا إلى آخر الأشياء الستة وذكر التمر بعد المخ آخر وفي رواية أبي داود عن عبادة بن الصامت الذهب بالذهب تبره وعينه والفضة بالفضة تبرها وعينها إلى أن قال ولا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة أكثرهما يدا بيد وأما نسيئة فلا ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يدا بيد وأما النسبة فلا انتهى ومعلوم أن الجواز في بيع الذهب بالفضة والبر بالشعير لا يقتصر على زيادة الفضة والشعير بل لو كان الزائد الذهب والبر جاز ولكن ذلك محمول على ما هو المعتاد من تفضيل الذهب على الفضة والبر على الشعير (قوله والحكم) يعني حرمة الربا أو وجوب التسوية (معلول بإجماع القائلين) أي القائلين بوجوب القياس عند شرطه بخلاف الظاهرية وكذا عثمان البتي فإن عندهم حكمهم الرابح مقصود على الأشياء الستة المنصوصة المتقدمة ذكرها أما الظاهرية فلا تنهون القياس وأما عثمان البتي فلا تنهيه بشرط في القياس أن يقوم دليل في كل أصل أنه معلول ولم يظهر له هنا ولا أنه يبطل العدد ولا يجوز كما في قوله خمس من الفواسق قلنا تعليق الحكم بالمشقة كالطعام في قوله لا يبيعوا الصاع بالصاعين كما سيأتي عند الشافعي دليل وسنقيم عليه الدليل وأما إبطال العدد فهو بناء على اعتبار مفهوم الخلفه وهو ممنوع ولو سلم فالقياس مقدم عليه باتفاق القائلين به وإبطال الممنوع هو الإبطال بالنقص أما بالزيادة بالعدالة فلا وتخصيص هذه الستة بالذكر لأن عامة المعاملات السكائنة يومئذ بين المسلمين كان فيها ومن نقل عنه قصر حكم الربا على الستة ابن عقيل من الخائبة وهو أيضاً ما تقرر عن قتادة وطاوس قيل فأنحرم قوله بإجماع القائلين (قوله لكن العلة عندنا ما ذكرناه) يعني القدر والجنس فعند اجتماعهما يحرم التفاضل والنساعو بأحدهما مفردا يحرم النساء ويحل التفاضل

حرام عندنا وعند فضل ذات أحدهما على الآخر حرام (والحكم معلول بإجماع القائلين) احتراز عن قول داود من المتأخرين وعثمان البتي من المتقدمين أن الحكم مقصور على الأشياء الستة والنص غير معلول (لكن العلة عندنا ما ذكرناه) من القدر والجنس

(قوله ومعنى الثاني بيعوا التمر) أقول كان الظاهر بيعوا الخنطة (قوله وكذلك في الموزون الخ) أقول أي كذلك المراد بالمماثلة في الموزون المماثلة من حيث الوزن يدلل وزنا بوزن حذف قوله يدلل بالدلالة سياق الكلام على تقديره

وهو (الشم) في اللغة يست  
(أبداً) فاستاءه وأخسبه  
لأنه كان يفتاد الأعراب التي  
هي عندنا لمساخيم أو أكر  
لأنه يفتد في أكر في أكر  
أنظر والعزبة (معناه شرفاً)  
والمحصل أن العزلة إنما  
تدعى بذلك لعدم والنية  
أثر كمن كثر زاد وليس بعنسية  
أثر لكن العزلة لا تكون إلا  
عند وجود الخس فكان  
شرطاً لأن الخس يزوم  
أن شرط وجب واعتداه  
لا يجزئ (ولنا أن الحديث  
أوجب المعاملة شرطاً في  
البيع) بقوله مثلاً مثل ما  
أنه حال جمع مثلاً والأحوال  
شروط (و) وجوب المعاملة  
(أو المقصود بسوق الحديث)  
لا مدعى أن ذلك (التحقيق  
معنى البيع فأنه يفتد عن  
التقابل) وغواها لكونه  
مباراة وتقابل يحصل  
بالتأثر لأن لو كان أحدهما  
أفقر من الآخر يحصل  
التقابل من كل وجه (أو صيانة  
لأموال الناس عن النوى)  
لأن أحد البديلين إذا كان  
أنقص من الآخر كان

وعندنا في هذه المسألة في المعصومات والثنية في الأيمان والبنسية شرط والمساواة مخلص والأصل هو حرمة عتده لأن نص على شرطين التمتع والعز والمانعة وكل ذلك يشعر بالعز والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح ليعمل به في تناسب انظار الخطر والضرورة وهو الطمع ببقاء الإنسان وبالثنية لبقاء الأموال التي هي منادى المصالح لم يولأ أثر لجنسية في ذلك بل جعلنا شرطاً والحكم قديداً ومع الشرط ولنا أنه واجب الممانعة شرط في البيع وهو المقصود وبسوقه حقيقة المعنى البيع أذهبوني عن التقابل وذلك التماثل أو مساواة لأموال الناس عن التوى أو تيمناً لما تدب بانصال التسليم به ثم يلزم عند فونه حرمة الممانعة كما سألنا (وعند الشافعي الطمع في المعصومات والثنية في الأيمان والبنسية شرط والمساواة مخلص) من الحرمة (وهي) أعنى الحرمة (الأصل) وعند مالك العلة لاقيت بالادخار فكل ما يقتات ويدخر فيه ربا وما لا فلا لأنه صلى الله عليه وسلم خص البر وما ذكر معه ليقيد بكل معنى ظاهراً فيه فنبه بالبر على منتهات تم الحاجة إليه وتقوم الأبدان به والشعير يشارك فيه مع كونه علناً وقوياً لبعض الناس عند الاضطرار فيلحق به الذرة ونحوها ونبه بالتمتع على كل خلاوة تدخر غالباً كالعسل والسكر والزبيب والمالح على أن ما أصح المقتات من الماء كولات فهو في حكمها فيطلق الأبازيروما في معناه والذهب والفضة مع ما لا نزل به فأسرة عندهم وهي كونهم ما قيم الأشياء وأصول الأيمان وقال الشافعي في القديم العلة الطمع مع الكيل أو الوزن وفي الجديد يشي الطمع فقط في الأربعة والثنية في التقدير ومنهم من يجعلها عنهما والتعدي إلى الناس الراتجة وجهه والحدج أنه لا رابف في الانتفاء الثنية الغالبة وهو قول أحمد في رواية والبنسية شرط عمل العلة وعن هذا لم يجعل الجنس بأنفراد بحرم نساء وعلى الجديد يحرم الرابا في الملة ويحذر قوله صلى الله عليه وسلم الطعام بالطعام مثلاً بمثل رواد مسلم والطعام مشتق من الطعم فكان مبدأ الاشتقاق علة وروى لا يندعو الطعام إلى آخره فأفاد أن الحرمة أصل والمساواة مخلص منها والذوات اقصر على قوله لا يبيع والم يبيع أحدهما بالآخر مطلقاً فلم تثبت المساواة كانت الحرمة ثابتة لأنهما هي الأصل فامتنع ببيع الحفنة بالحفنتين والقاحاة بالتفاحتين والتمر بالتمرين والجوزة بالبلوزتين والبيضة بالبيضتين والتعليل بالقدر يقتضي تخصيص هذا النص أن يجوز بالحفنة بالحفنتين وهذا الطريق يفقد أهماء لا منصومة وزأخذنا في استنباط علة أدانا إلى هذه العلة أيضاً ووجهه أنه نص على شرطين التقابل والتماثل وهذا الاشتراط (يشعر بالعز والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح) فوجب تعليله بعلته فوجب العز والخطر وفي الطمع ذلك لتعلق بقاء النفوس به والثنية التي بها اتوصل إلى تحصيل العروض التي بها حصول المقاصد الأصلية من بقاء النفس وغيرها من حصول الشهوات (ولأثر لجنسية) والقدر (في ذلك) أي في انظار العز والخطر (جعلنا شرطاً والحكم قديداً ومع الشرط) كالرجم مع الاحتمان (ولنا أنه) أي النص المشهور (أوجب التماثل شرطاً للبيع) وإيجاب الممانعة (هو المقصود بسوق الحديث) أن لا بد فيه من اضممار لفظ يبيع وأحيث انتصب مثلاً أي ببيع واشتهر

التبادل متبعا للفضل ما فيه الفضل (أو تقيدها بالفائدة باتصال التسليم به) أي بالمائل يعني أن في النقدين لكونهما الأشياء  
لا تبيعان بالتعديين بشرط الفائدة قبل ابتداء مماثلة كل منهما إلا خزلت تقيدهم فائدة انعقد وهو ثبوت المالك وفيه نظر لأنه خارج عن  
المتصرف إذ المتدريان وحرب المائدة بين العرضين قد راد لسان المائدة من حيث القبض والاولى أن يقال لو لم يكن أحد العرضين  
مماثلة لا خزلتم الفائدة بالقبض لا إذا كان أحدهما أنقص يتكون نفعاً في حق أحد المتعاقدين وضرراً في حق الآخر وإذا كان مثلاً  
(فوله وحيداً لا يكون لها أثر في تحريم النساء) أقول ضمير لها راجع إلى قوله والجنسية شرط الخ

لأنه لا يكون نفعاً في حقهما فمافسكون الفائدة أتم بعد القبض لكونه نفعاً في حقهما جميعاً ولأنه أن يقول هذه الأوجه الثلاثة المدكورة لا شرط التماثل مما يجب تحقيقه في سائر البياعات لأنها لا تنفك عن التقابل وصيانة أموال الناس عن التوى وتتم الفائدة مما يجب فيجب التماثل في الجميع لئلا تختلف العلة عن المعلوم والجواب أن موجبها في الربا هو النص والوجود المذكورة حكمته لاعتلته لتصوره اختلاف وإذا ثبت اشتراط المماثلة لزم عند فرواته حرمة الرابح بالان المشروط ينتفي عند انتفاء شرطه ولقائل أن يقول أنما يلزم حرمة الربا عند فروات شرط الحل أن لم توجد الوسيلة بين الحل والحرمة وهو ممنوع لأن الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن أن يجاب عنه بأن المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة فعند انتفاء الحل يثبت الحرام لغيره وقد قررناه في التقرير على وجهه أتم فليطلب غة (قوله والمماثلة بين الشئين) بيان عليه القدر والجنس وجوب المماثلة بين الشئين وذلك لأن المماثلة بين الشئين (باعتبار الصورة والمعنى) وهو واضح (والمعيار يسوي الذات) أي الصورة (والجنسية تسوي المعنى) فإن كيلاً من برباوى كيلاً من درهم حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يساويان صورة لا معنى ولقائل أن يقول (٢٧٧) قد بين أن المماثلة شرط لجواز

البيع في الرويات وعلاقتها بها بالقدرة والجنس فكان ذلك تعليلاً لاثبات الشرط وذلك باطل والجواب أن التعليل للشرط لا يجوز لاثباته ابتداءً وأما بطريق التعمدية من أصل فيجوز عند جمهور الأصوليين وهو اختيار الإمام المحقق فخر الإسلام وصاحب الميزان وما نحن فيه كذلك لأن النص أوجب المماثلة في الأشياء الستة شرطاً فأنتهت في غير هاتعدية فكان جائزاً فإذا ثبت وجوب المماثلة شرطاً وهي بالكيل والجنس (يظهر الفضل على ذلك فيتحقق الرابح لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين

والمماثلة بين الشئين باعتباره الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الرابح لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتاً عرفاً وأولاً في اعتباره سد باب البياعات

الأشياء مثلاً مثل ومهذاتين أن الإباحة في بيع الأموال الربوية بعضها ببعض هي الأصل وقوله لا تبعوا الطعام الحديث إنما ينصرف إلى ما بعد الاثني وما جاء زيد الأراكا وحاصله الأمر بالتسوية عند بيعها ولا شك أن في إيجاب المماثلة تحقيقاً للمعنى البيع المنبئ عن التقابل إذ كان عقد معاوضة فاستدعى شئين كما أن المماثلة تستدعى شئين وكذا تحقيق معنى التماثل فإن كلامهما مساو لأن في كونه مستدعى العقد فسوى بينهما في المماثلة عند اتحاد الجنس في القدر ليمعنى البيع (أو) أوجب المماثلة (صيانة لأموال الناس عن التوى) فإنه إذا قبل بجنسه قابل كل جزء كل جزء فإذا كان فضل في أحدهما صار ذلك الفضل تالوا على مال كده فلقد صيانة أموال الناس عن التوى أوجب المماثلة بخلاف ما إذا قبل المال بغير جنسه فإنه لا يتحقق فيه جزء لم يقابل بجزء من الآخر فلا يتحقق التوى الا عند المقابلة بالجنس مع تحقق الفضل في إحدى الجهتين ثم من تنعيم التماثل المساواة في التقابض فإن الحال مزينة على المؤخر فإيجاب التقابض أيضاً لذلك وبه ظهر قصد المبالغعة في الصيانة عن التفاوت حفظاً عليهم أموالهم (والمماثلة بين الشئين) غماهما (باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات) أي الصورة (والجنسية تسوي المعنى فيظهر بذلك الفضل فيتحقق الرابح لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه) أي في العقد وعاء أن الخلو في المعاوضة لا يتحقق الا عند المقابلة بالجنس فلزم ما قلنا من الكيل أو الوزن مع الجنس (ولم يعتبر) في اثبات المماثلة عدم تفاوت (الوصف) أما (لأنه لا يعد تفاوتاً عرفاً) وفيه نظر (أولاً في اعتباره سد باب البياعات) وهو الوجه لأنه قلما يخاو عوضان من جنس عن تفاوت ما قلما يعتبر وقوله

في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه) أي في العقد قال (ولا يعتبر الوصف) يجوز أن يكون جواب سؤال تقريره أن المماثلة كما تكون بالقدرة والجنس تكون بالوصف وتقرير الجواب ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتاً عرفاً فإن استوت الذاتان صورة ومعنى تساوى المالية والفضل من حيث الجودة ساقط العبارة في المكيلات لأن الناس لا يعدون ذلك الامن باب اليسير وفيه نظر لأنه لو كان كذلك لما تناضلا في القيمة في العرف (أولاً في اعتباره سد باب البياعات لأن الخطة لا تكون مثلاً للخطة من كل وجه والمراد البياعات الرويات لا مطلق البياعات لأن في اعتبار الجودة في الرويات ليس سد باب مطلق البياعات

(قوله ولقائل أن يقول إلى قوله لأنها لا تنفك عن التقابل) أقول فيه بحث فإنه إذا لم يتحد الجنس لا يظهر انتفاء التقابل والتوى وانتفاء تنعيم الفائدة (قوله ولقائل أن يقول أنما يلزم حرمة الربا عند فروات شرط الحل) أقول إذا كان مراعاة شرط الحل واجبا على ما يدل عليه الحديث فترك الواجب حرام لا مكر وه (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة) أقول فيه بحث فإن الحرام ما ثبت بدليل قطعي والمكر وهو الثابت بظني كالفرض والواجب ألا يرى إلى مقابلة البيع المكره بالفاسد فيما سبق (قوله ولقائل أن يقول قد بين أن المماثلة إلى قوله بالقدرة والجنس الخ) أقول فيه بحث فإن المعلل هو وجوب المماثلة لأنفسها

(أو تتركه عليه الصلاة والسلام جيدها ورديتها مسراة والطعم والقيمة من أعظم وجوه المنافع والسبيل في  
 مثله - لا خلاف بأبلغ الوجوه لثبوت الحاجة إليها دون التضييق فيه فلا يعتبر عاذا كره - إذ ثبت عندنا  
 نقول إذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً مثل جزالبيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المسألة في  
 المعيار لا ترى في ما يروى من قولهم مثلاً مثل كيل كيل في الذهب والذهب وزنة بوزن (وإن تفاوتت  
 الميزان) لتفق الرابا (ولا يجوز بيع الجيد بذي عيبه) لا خلاف في الثبوت في الوصف  
 صلى الله عليه وسلم جيدها ورديتها مسراة ان صح بقيد والافهم مفاد من حديث بيع التمر بالجيد  
 والاجماع عليه وعلة اعداده ما ذكرنا وعندنا تأمل هذا الكلام يتبادر أن المتناظرين لم يتوارد على  
 محل واحد فان السافعي وكذا ما تمثّل عينا العلة بمعنى الباعث على شرع الحكم وهو لا يغير العلة  
 بمعنى المعرف ليعلم فان الكيل يعرف المماثلة فيعرف الجواز وعدها فيعرف الحرمة فالوجه أن يتعد  
 الغل وذلك بجعلها الطعم والاقنيات إلى آخر ما ذكرنا وعندنا هي قصد صيانة أموال الناس  
 وحفظها عليهم وظهور هذا القصد من إيجاب المماثلة في المقدار والتفاضل أظهر من أن يخفى على من لا  
 أدنى بفضلا عن فقيه وأما الطعم فربما يكون التعليل به من نسيان الرضع لان الطعم مما تشد  
 الحاجة إليه اشتدادا تاما (والسبيل في مثل ذلك الاطلاق بأبلغ الوجوه دون التضييق) فان السنة  
 الالهية جرت في حق جنس الانسان أن ما كانت الحاجة إليه أكثر كان اطلاق الشرع فيه أوسع كالماء  
 والكلال للذواب فان قال دل الترتيب على المشتق عليه قلنا ذلك بشرط كونه صالحا مناسبا للحكم  
 على أناتم أن الطعام مشتق بل هو اسم لبعض الاعيان الخاصة وهو البر والشعر لا يعرف المخاطبون  
 بهذا الخطاب غير بل التمر وهو غالب ما كوله لا يسمونه طعاما ولا يفهمونه من لفظ الطعام ألا ترى أن  
 ما كانا قد منأنا أجازا لتصرف في كل مبيع قبل القبض سوى الطعام قال لانه صلى الله عليه وسلم  
 خصه بالذ كر ولم يرد كل ما يؤكل أو يشرب من البقل والماء والطين الارمني وهو صحيح لولا دليل آخر  
 والمافيه بالبيع فيه خلل لان البضع مصون شرعا وعرفا وعادة عن الابتدال والاباحة فكان الاشتراط  
 من تحقيق غرض الصيانة بخلاف باقي الاموال فان أصلها الاباحة ويوجد كثير من مباحا حتى الذهب  
 والفضة وأما الرمي في العقد بعد تعلق حتى انسان به دفعا لمفسدة التغلب فوضعها على ضد وضع البضع  
 من الابتدال والامتنان دفعا للحوادث الاصلية فالخافها به غير صحيح الا أنهم لما حصر المعرف في الكيل  
 والوزن أجازوا بيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازة فأجازوا بيع التفاحه بالتفاحتين والحفنة من البر  
 بحفنتين لعدم وجود المعيار المعرف للمساواة فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الانلاف  
 لا بالمثل وهذا في غير اجز من العددي المتقارب أما فيه فكل كلام فخر الاسلام أن الجوزة مثل الجوزة في  
 ضمان العدوان وكذا التمرة بالتمر لا في حكم الرابا لان الجوزة ليست مثالا للجوزة لعدم دليل المماثلة  
 ولوجود التفاوت الآن الناس أخذوا والتفاوت فقبل في حقهم وهو ضمان العدوان فأما في حق الشرع  
 وغرو وجوب النسوية فلا ومن فروع ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فمفتت عنده  
 ضمن قيمتها فان أبي الآن يأخذ عينها أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها وعند الشافعي  
 لما كانت الطعم حرم الحفنة والتفاحه بنتين وقالوا ما دون نصف صاع في حكم الحفنة لانه لا تقديري في  
 الشرع عندونه فعرف أنه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل به او هذا اذا لم يبلغ  
 أحد البديلين نصف صاع فان بلغ أحداهما نصف صاع لم يجوز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعا  
 بحفنة وفي جمع التفاريق قيل لادرواية في الحفنة ببقير والاب بالجوزة والصحيح ثبوت الرابا ولا يسكن  
 الخطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة أموال الناس تحريم التفاحه بالتفاحتين والحفنة  
 بالحفنتين أما ان كانت مكاييل أصغر منها كما في دينار من وضع ربع القدر وعن القدر المصري فلا شك

(أو تتركه عليه الصلاة والسلام جيدها ورديتها مسراة والطعم والقيمة من أعظم وجوه المنافع والسبيل في  
 مثله - لا خلاف بأبلغ الوجوه لثبوت الحاجة إليها دون التضييق فيه فلا يعتبر عاذا كره - إذ ثبت عندنا  
 نقول إذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً مثل جزالبيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المسألة في  
 المعيار لا ترى في ما يروى من قولهم مثلاً مثل كيل كيل في الذهب والذهب وزنة بوزن (وإن تفاوتت  
 الميزان) لتفق الرابا (ولا يجوز بيع الجيد بذي عيبه) لا خلاف في الثبوت في الوصف  
 صلى الله عليه وسلم جيدها ورديتها مسراة ان صح بقيد والافهم مفاد من حديث بيع التمر بالجيد  
 والاجماع عليه وعلة اعداده ما ذكرنا وعندنا تأمل هذا الكلام يتبادر أن المتناظرين لم يتوارد على  
 محل واحد فان السافعي وكذا ما تمثّل عينا العلة بمعنى الباعث على شرع الحكم وهو لا يغير العلة  
 بمعنى المعرف ليعلم فان الكيل يعرف المماثلة فيعرف الجواز وعدها فيعرف الحرمة فالوجه أن يتعد  
 الغل وذلك بجعلها الطعم والاقنيات إلى آخر ما ذكرنا وعندنا هي قصد صيانة أموال الناس  
 وحفظها عليهم وظهور هذا القصد من إيجاب المماثلة في المقدار والتفاضل أظهر من أن يخفى على من لا  
 أدنى بفضلا عن فقيه وأما الطعم فربما يكون التعليل به من نسيان الرضع لان الطعم مما تشد  
 الحاجة إليه اشتدادا تاما (والسبيل في مثل ذلك الاطلاق بأبلغ الوجوه دون التضييق) فان السنة  
 الالهية جرت في حق جنس الانسان أن ما كانت الحاجة إليه أكثر كان اطلاق الشرع فيه أوسع كالماء  
 والكلال للذواب فان قال دل الترتيب على المشتق عليه قلنا ذلك بشرط كونه صالحا مناسبا للحكم  
 على أناتم أن الطعام مشتق بل هو اسم لبعض الاعيان الخاصة وهو البر والشعر لا يعرف المخاطبون  
 بهذا الخطاب غير بل التمر وهو غالب ما كوله لا يسمونه طعاما ولا يفهمونه من لفظ الطعام ألا ترى أن  
 ما كانا قد منأنا أجازا لتصرف في كل مبيع قبل القبض سوى الطعام قال لانه صلى الله عليه وسلم  
 خصه بالذ كر ولم يرد كل ما يؤكل أو يشرب من البقل والماء والطين الارمني وهو صحيح لولا دليل آخر  
 والمافيه بالبيع فيه خلل لان البضع مصون شرعا وعرفا وعادة عن الابتدال والاباحة فكان الاشتراط  
 من تحقيق غرض الصيانة بخلاف باقي الاموال فان أصلها الاباحة ويوجد كثير من مباحا حتى الذهب  
 والفضة وأما الرمي في العقد بعد تعلق حتى انسان به دفعا لمفسدة التغلب فوضعها على ضد وضع البضع  
 من الابتدال والامتنان دفعا للحوادث الاصلية فالخافها به غير صحيح الا أنهم لما حصر المعرف في الكيل  
 والوزن أجازوا بيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازة فأجازوا بيع التفاحه بالتفاحتين والحفنة من البر  
 بحفنتين لعدم وجود المعيار المعرف للمساواة فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الانلاف  
 لا بالمثل وهذا في غير اجز من العددي المتقارب أما فيه فكل كلام فخر الاسلام أن الجوزة مثل الجوزة في  
 ضمان العدوان وكذا التمرة بالتمر لا في حكم الرابا لان الجوزة ليست مثالا للجوزة لعدم دليل المماثلة  
 ولوجود التفاوت الآن الناس أخذوا والتفاوت فقبل في حقهم وهو ضمان العدوان فأما في حق الشرع  
 وغرو وجوب النسوية فلا ومن فروع ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فمفتت عنده  
 ضمن قيمتها فان أبي الآن يأخذ عينها أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها وعند الشافعي  
 لما كانت الطعم حرم الحفنة والتفاحه بنتين وقالوا ما دون نصف صاع في حكم الحفنة لانه لا تقديري في  
 الشرع عندونه فعرف أنه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل به او هذا اذا لم يبلغ  
 أحد البديلين نصف صاع فان بلغ أحداهما نصف صاع لم يجوز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعا  
 بحفنة وفي جمع التفاريق قيل لادرواية في الحفنة ببقير والاب بالجوزة والصحيح ثبوت الرابا ولا يسكن  
 الخطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة أموال الناس تحريم التفاحه بالتفاحتين والحفنة  
 بالحفنتين أما ان كانت مكاييل أصغر منها كما في دينار من وضع ربع القدر وعن القدر المصري فلا شك

قال (ويجوز بيع الحفنة بالحفتين) أى ومما يترتب على الأصل المذکور جواز بيع الحفنة بالحفتين والتفاحة بالتفاحتين لان عدم الحواز بتحقيق الفضل وتحقق الفضل يظهر بعدم وجود المساواة والمساواة بالكيل ولا كيل فى الحفنة والحفتين فتنتفى المماناة فتنتفى تحقق الفضل واستوضح ذلك بقوله (ولهذا) أى ولان الحفنة والحفتين لم تدخل تحت المعيار الشرعى ولهذا (كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف) لامتثالها لوجوب قيمتها أو موزونة لوجب مثلها فان المكيلات (٣٧٩) والموزونات كلها من ذوات

الامثال دون القيم وعند الشافعى رضى الله عنه لا يجوز لان علة الحرمة وهو الطعم وقد وجدت والمخلص المساواة ولم توجد وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حفنة بحفنة وتفاحة بتفاحة لوجود الطعم وعدم المساوى وما دون نصف صاع فهو فى حكم الحفنة فساو باع خمس حفنات من الحفنة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدير فى الشرع بما دونه وأما اذا كان أحد البديلين بلغ حد نصف الصاع والاخر لم يملكه فلا يجوز كذا فى المبسوط ومن ذلك ما اذا تبايعا مكىلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالخضار والحديد فانه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والتمنية قال فاذا عدم الوصفان (الحرمة لعلته) ثبت ان علة الحرمة شيان فاما أن يوجد أو يعبد ما أو يوجد أحدهما دون الآخر

(ويجوز بيع الحفنة بالحفتين والتفاحة بالتفاحتين) لان المساواة بالمعيار ولم يوجد قلم بتحقيق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعى رحمه الله العلة هى الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيجزم وما دون نصف الصاع فهو فى حكم الحفنة لانه لا تقدير فى الشرع بما دونه ولو تبايعا مكىلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالخضار والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والتمنية قال (واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه محل التفاضل والنساء) لعدم العلة المحرمة والأصل فيه الاباحة واذا وجد احرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد أحدهما وعدم الآخر محل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم هرويا فى هروى أو حنطة فى شعير فخرمة بالفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما

وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية فى الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم اهدار التفاوت المتعين بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم اهداره ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا وروى المعلى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرين وقال كل شئ حرم فى الكثير فالقليل منه حرام (و) يتفرع على الخلاف ما لو تبايعا مكىلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالخضار والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر (والجنس) مع التفاضل على ما قرناه للصيانة (وعنده يجوز لعدم الطعم والتمنية) هذا وإن كان يلزم على التعليل بالصيانة أن لا يجوز بيع عبد بعبدين وبغير بيععيرين وجوازه مجمع عليه اذا كان حالا فان قيل الصيانة حكمة فتتطابق بالمعرف لها وهو الكيل والوزن قلنا إنما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها ووصون المال ظاهر منضبط فان المماناة وعدمها محسوس وبذلك تعلم الصيانة وعدمها غير أن المذهب ضبط هذه الحكمة بالكيل والوزن تفاديا عن نقضه بالعبد بعبدين وثوب هروى بهروى وفى الاسرار ما دون الحبة من الذهب والفضة لاقية له (قوله) واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه) وهو القدر (حل التفاضل والنساء) كبيع الحنطة بالدرهم أو الثوب الهروى بهروى الى أجل والجوز بالبيض الى أجل (لعدم العلة المحرمة) وعدم العلة وان كان لا يوجب عدم الحكم لكن اذا التحدت العلة لزم من عدمها العدم لا بمعنى أنها تؤثر العدم بل لا يثبت الوجود لعدم علة الوجود فيبقى عدم الحكم وهو الحرمة فيما نحن فيه على عدمه الاصلى واذا عدم سبب الحرمة (والاصل فى البيع) مطلقا (الاباحة) الا ما أخرجه دليل من اصنافه كان الثابت الحل (واذا وجد) أى الجنس والمعنى المضموم اليه وهو القدر (حرم التفاضل والنساء) كالشعير بالشعير لا يجوز الامع التساوى والتعاضل (لوجود العلة) المعرفة بالحكم على ما بينا (واذا وجد أحدهما وعدم الآخر) محل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم (هرويا فى ثوب هروى) فى صورة اتحاد الجنس مع عدم المضموم اليه من الكيل أو الوزن لا يجوز وكذا اذا باع عبد بعبد الى أجل لوجود الجنسية ولو باع العبد بعبدين أو الهروى بهروى بين حاضر اجاز (أو حنطة فى شعير) فى صورة اختلاف الجنس مع اتحاد المضموم وهو المساوى وكذا حديد فى رصاص ومقتضاه أن لا يجوز فلو س فى خبر وشعره فى زماننا لانها وزنية (خرمة بالفضل بالوصفين) جميعا (وحرمة النساء بأحدهما)

فالاول ما تقدم والثانى يظهر عند محل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة وتحقيقه ما أشار اليه بقوله (والاصل فيه الاباحة) يعنى اذا كانت أصلا وقد تركزت لوجود العلة التى هى القدر والجنس يظهر عند عدمهما أن العدم يثبت شيئا فاذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء (مثل أن يسلم هرويا فى هروى أو حنطة فى شعير فخرمة بالفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما) حتى لو باع عبد بعبد الى أجل لا يجوز لوجود الجنسية وعنده يجوز



(وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الاشبهة الفضل) بالاتفاق (ومحقيقة الفضل غير مانع) من الجواز في الجنس حتى يارب بيع الهروي واليورين والعبد بالعبد (فالشبهة أولى) قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكور في عدم تحريم النساء زيادة فائدة فان القدر عنده كذلك فانه يجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالخديد والراسخ ويمكن أن يقال انما خصه بالذكر لان الحكم وهو حرمة النساء انما لم يوجد عنده في صورة الجنس وأما في صورة القدر فقد وجد فانه لا يجوز بيع الذهب بالفضة نسيئة وكذا بيع الخنطة بالشعر وان كان علة ذلك عنده غير القدر وهو أن التقابض شرط في الصرف وبيع الطعام عنده ولنا ما قاله انصف رحمه الله من انه مال الربا من وجهه ومثلية ما ثبت ان في باب الربا حقيقة وشبهة لا نزاع في ذلك والشبهة اذا انفردت عن الحقيقة فتنتج الى محل وعلة كالحقيقة ولا يجوز أن يكون محلها وعلمها محل الحقيقة وعلمها والكانت حقيقة أو مقارنتها لها وهو خلاف الفرض فلا بد من شبهة محل وشبهة علة وما يجري فيه الربا بالنسيئة مال الربا من وجه نظر الى ان القدر يجمعهما كما في الخنطة مع الشعر أو الجنس كالهروي مع الهروي اذا كان أحدهما نقدا والآخر نسيئة وكل علة ذات وصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة الا بمافا كل منهما شبهة العلية وشبهة العلة تثبت بها شبهة الحكم والنقدية أوجب فضلا في المالية فتتحقق شبهة الربا في محل صالح بعلة صالحة لها وشبهة الربا مانعة كالحقيقة وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قيل ان كونه من مال الربا من وجه شبهة وكون النقدية أوجب فضلا شبهة قد ارضى شبهة الشبهة والشبهة (٢٨٠) هي المستبرة دون الغازل عنها والثاني أن كون شبهة الربا كالحقيقة امان أن يكون

مطابقا أو في محل الحقيقة وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الاشبهة الفضل ومحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنتين فالشبهة أولى ولنا انه مال الربا من وجهه نظرا الى القدر أو الجنس والنقدية أوجب فضلا في المالية فتتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة والنساء بالمسلب غير (وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم نساء) لانه دليل عليه وأيضال الدليل على نفيه وهو ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فأمرني أن اشتري بعير ابيعيرين الى أجل وهذا يكون سلما وعن ابن عمر أنه باع بعيرا بأربعة الى أجل وعن علي رضي الله عنه أنه باع بعيرا يقال له عصفور بعشرين بعيرا الى أجل والمعنى أن التأجيل في أحد البديلين يظهر التفاوت فيه حكما والتفاوت حقيقة أكثر تأثيرا منه حكما فاذا كان التفاوت حقيقة في هذه الاموال بأن باع الواحد بالاثنتين لا يؤثر في منع الجواز بالاتفاق حتى جاز هذا البيع اذا كان اتفاقا فالنفاوت حكما أولى وهذا معنى قول المصنف لان بالنقدية الى آخره (ولنا أنه مال الربا نظرا الى القدر أو الجنس) وعرف أن (النقدية أوجب فضلا في المالية) حتى تعرف البيع بالخال بأنقص منه بالمؤجل (فتتحقق) بوجوده (شبهة) علة (الربا) فتثبت شبهة الربا (وشبهة الربا مانعة كالحقيقة الربا) بالاجماع على منع بيع الاموال الربوية بمجازفة وان ظن التساوي وتماثل الصيرتان في الربوية وليس كما أن الحقيقة مانعة في

محالها اذا وجدت العلة بكلها فان قيل ما بال المصنف رحمه الله لم يستدل للجانبين بالا حادث التي تدل على كل واحد فيه منهم ما كما استدلل بعض الشارحين بما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فأمرني أن اشتري بعير ابيعيرين الى أجل للشافعي رحمه الله وبما روى أنوداود في السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة لنا فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق الاحتمالات للتأويل منعاه عن ذلك فان قيل اجماع الصحابة على حرمة النساء فكان الاستدلال به أولى من المذكور في الكتاب فالجواب أن الخصم ان سلم الاجماع فله أن يقول انهم أجمعوا على النساء في كمال العلة لا في شبهتها

(قوله وان كان علة ذلك غير القدر الخ) أقول اذا كان علة ذلك عنده غير القدر صدق أن القدر لا يحرم النساء فلا يظهر وجه التخصيص (قوله وشبهة العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم الى قوله لتحقق شبهة الربا الخ) أقول أنت خبير بان الثابت بمحقيقة العلة حقيقة حرمة الفضل لا حقيقة الفضل فينبغي أن يثبت بشبهة العلة حرمة الفضل لاشبهة الفضل فلا يجوز بيع الهروي بالهروي وبين والعبد بالعبدين فخذ كره الشارح مغالطة لا يجدي شيئا الا ترى الى قول المصنف بعد سطور رفع على هذا الوباغ الخنطة بجنسها الى ان قال لنوهم الفضل فليتنا مل (قوله وهو ما ذكرنا) أقول يعني قوله قبل تسعة أسطر تخميننا وهو قوله ما يجري فيه الربا بالنسيئة مال الربا من وجهه الخ (قوله فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق احتمال التأويلات منعاه عن ذلك) أقول اذا تعارض المحرم والمباح فالترجيح للمحرم احتياطاً على ما فصل في كتب الاصول وهذا يعني في الاستدلال لنا والشافعية يستدلون بما روى عن عبد الله كالا يخني على من تطرف في كتبهم (قوله فان قيل اجماع الصحابة على حرمة النساء) أقول قوله اجماع الصحابة مبني على قوله على حرمة النساء خبره

وقوله (الا انه اذا سلم) استثناء من قوله فاذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم التساوي فان ذلك يقتضي عدم اسلام النقود في الزعفران لوجود الوزن كاسلام الحديد في الصفر فاستثنى الزعفران ونحوه كالقطن والحديد لانه وان جمعهما الوزن لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه أما الاول فلا لأن الزعفران يوزن بالامناء والنقود بالصنجات وهي معربة ٣ سنك ترزون ونقل عن الفراء أن السين اقصى ونقل عن ابن السكيت الصنجات ولا يقال بالسني وأما الثاني فلان الزعفران مثنى يتعين بالتعيين والنقود ثثنى لا يتعين بالتعيين وأما الثالث فلا لأنه لو باع بالنقود موازنة بأن يقول اشترت هذا الزعفران (٢٨١) بهذا النقد المشار اليه على أنه

عشرة دنانير مثلا فقبضه  
البائع صح التصرف فيه  
قبل الوزن ولو باع الزعفران  
بشرط أنه منون مثلا وقبله  
المشتري ليس له أن يتصرف  
فيه حتى يعيد الوزن (واذا  
اختلفا في الوزن صورة ومعنى  
وحكم لم يجمعهما القدر من  
كل وجه فتزل الشبهة فيه الى  
شبهة الشبهة) فان الموزنين  
اذا اتفقا فالمنع للشبهة فاذا لم  
يتفقا كان ذلك لشبهة الوزن  
والوزن وحده مشبهة فكان  
ذلك شبهة الشبهة (وهي غير  
معتبرة) لا يقال لم يخرجا بذلك  
عن كونهما موزنين فقد  
جمعهما الوزن لان انطلاق  
الوزن عليهما حيث  
لا اشتراك اللفظي ليس الا  
وهو لا يفيد الاتحاد بينهما  
فصار كأن الوزن لم يجمعهما  
حقيقة وفي عبارة المصنف  
رحمه الله تسامح فانه قال فاذا  
اختلفا صورة ولم يختلفا صورة  
ولهذا قال شمس الأئمة بل  
نقول اتفاقهما في الوزن  
صورة لا معنى وحكم الا اذا  
حل قوله صورة على أن  
معناه صفة كما قال في أول  
التعليل في صفة الوزن

الا انه اذا سلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان  
الزعفران يوزن بالامناء وهو مثنى يتعين بالتعيين والنقود توزن بالصنجات وهو ثثنى لا يتعين بالتعيين  
ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا  
فيه صورة ومعنى وحكم لم يجمعهما القدر من كل وجه فتزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة  
فيه الاشبهة ثبوت الفضل بل قالوا لو تبايعا بحجارة ثم كيل بعد ذلك فظهر امتساوين لم يجز عندنا أيضا  
خلاف الزعفران العلم بالمساواة عند العقد بشرط الجواز لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الربا والريبة وكذا  
الاتفاق على أنه لا يجوز بيع الخطبة بالشعبية يؤيد ما ذكرنا والتحقيق أن المعول عليه في  
ذلك ما تقدم من حديث عباد بن الصامت مما أخرجه الستة الا البخاري من قوله في آخر الحديث فاذا  
اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد فالزم التقاض عند الاختلاف وهو  
تحريم النسبة وكذا ما تقدم من رواية أبي داود لقوله صلى الله عليه وسلم ولا بأس ببيع البر بالشعير  
والشعير أكثرهما يدا بيد وأما النسبة فلا وأخرج أبو داود أيضا قال حدثنا موسى بن اسمعيل حدثنا جاد  
عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سمى عن يبيع الحيوان بالحيوان نسبة  
فقام دلسلا على أن وجود أحد جزأى علة الرابطة لتحريم النساء ثم عللنا بأن فيه شبهة الربا أعنى الفضل  
وانما قلناه هذا لان مقتضى ما ذكرنا من أن الشبهة حكم الحقيقة أن يحرم بأحد الوصفين التفاضل أيضا لان  
لشبهة العلة حكم العلة فيثبت به شبهة حكم العلة وحكم العلة هو حرمة التفاضل والنساء فيثبت فيهما  
ثم يقدم هذا الحديث على حديث البعير ببعيرين لانه محرم وذلك مبيح أو يجمع بينهما بأن ذلك كان  
قبل تحريم الربا ولما كان مقتضى ما ذكرنا لا يجوز اسلام النقود من الدراهم والدنانير في الزعفران  
وفي سائر الموزونات كالقطن والحديد والخماس وهو جائز بالاجماع أجاب بالفرق بأن الوزن في النقود  
وفي تلك الاموال مختلف فانه في النقود بالمناقل والدراهم بالصنجات وفي الزعفران بالامناء والقبان وهذا  
اختلاف في الصورة بينهما وبينهما اختلاف آخر معنوي وهو أن النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران  
وغيره يتعين وآخر حكى وهو انه لو باع النقود موازنة وقبضها كان له أن يبيعها قبل الوزن وتفسيره لو  
اشترى دراهم أو دنانير موازنة فوزنها البائع بغية المشتري وسألهما فقبضها اجاز له أن يتصرف فيها قبل  
وزنها ثانيا وفي الزعفران ونحوه بشرط إعادة الوزن في مثله (فاذا اختلفا) أي النقد والزعفران ونحوه  
(فيه) أي في الوزن (صورة ومعنى وحكم لم يجمعهما القدر من كل وجه فتزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة  
وهي غير معتبرة) وقوله صورة ومعنى وحكم لا شر من تبعد ألف ولا يخفى أن التعيين بالتعيين  
وعدمه لا يتعلق بالوزن وليس الاختلاف باعتباره اختلافا في معنى الوزن وكذا الاول فان الزعفران  
والمسك والزباد يوزن بالصنجات أيضا وكذلك الاخير بل لا فرق بين النقد وغيره في ذلك  
وقوله وفي الزعفران واشباهه لا يجوز ان اراد أنه بعد ما ارتبه من بائعه وقبضه ليس له أن يبيعه حتى

(٣٣٦ فتح القدير خامس) فذلك اعتبارا زائدا على ما ذكره شمس الأئمة وقال العراقيون في وجه ذلك انما جاز لان  
الشرع رخص في السلم والاصل في رأس المال هو النقود فلم يجوز له وجود أحد الوصفين لانسداد باب السلم في الموزونات على ما هو الاصل  
والغالب فأثر شرع الرخصة في التجوز وهذا ظاهر من الفرق قال شمس الأئمة ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العمل ولسنا نقول به  
(قوله وأما الثاني فلان الزعفران مثنى الخ) أقول لا يظهر كون هذا الاختلاف في معنى الوزن بل ذلك اختلاف معنوي بين الموزنين (قوله  
لأن انطلاق الوزن عليهما حيث لا اشتراك اللفظي) أقول لا يخفى عليك انني اشترط معنى الوزن مما ينفيه البديهة

قال (وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الخنطة والشعر والتمر والمخ وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبدا وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة) لان النص أقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى

بعد الوزن ممنوع بل له أن يبيعه موازنة من آخر ثم يلزم بعد هذا البيع أن يرتبه الاخر ليسله اليه ليصح تصرف الاخر فيه وكذا نقول في الدراهم اذا قبضها او اما أن يقال اذا باع بالدرهم حتى كانت غنا أو باعها له أن يتصرف فيها قبل قبضها بخلاف الزعفران لانه مبيع وذلك عن ويجوز التصرف في الثمن قبل قبضه بخلاف المبيع وعلى تقدير هذا الاختلاف الحكمي وحده لا يوجب اعتباره غير مشارك له في أصل الوزن واذا ضعف هذا فالوجه في هذا أن يضاف تحريم الجنس بانفراده الى السمع كما ذكرنا وبحق به تأثير الكيل والوزن بانه راده ثم يستثنى اسلام النقود في الموزونات بالاجماع كي لا يسند أكثر أبواب السلم وسائر الموزونات خلاف النقل لا يجوز أن تسلم في الموزونات وان اختلفت اجناسها كالسلم حديد في قطن أو زيت في جبن وغير ذلك الا اذا خرج من أن يكون وزنا بالصنعة الا في الذهب والفضة فلما سلم سيفا فيما يوزن جازا لا في الحديد لان السيف خرج من أن يكون موزونا ومنعه في الحديد لا بخلاف الجنس وكذا يجوز بيع اناء من غير النقاء من بئله من جنسه يد ايسد فحاشا أن أوحد يد او ان كان أحدهما أثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فانه يجري فيه بالفضل وان كانت لا تباع وزنا لان صورة الوزن منصوص عليها في ما فلا يتغير بالصنعة فلا يجوز أن يخرج عن الوزن بالعادة وأورد أنه ينبغي أن يجوز حيثما اسلام الخنطة والشعر في الدراهم والدنانير لاختلف طريقة الوزن أوجب بأن امتناعه لا امتناع كون النقد من جنسه لان المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية وهل يجوز بيعها قيل ان كان بلفظ البيع يجوز بيعها بشئ مؤجل وان كان بلفظ السلم فقد قيل لا يجوز وقال الطحاوي ينبغي أن ينعتق ببيعها بشئ مؤجل وهذا واختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود فالخنطة والشعر جنسان عندنا وعند الشافعي وقال مالك الجنس واحد حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لان اسم الطعام يقع عليهما قلنا بل جنسان لانهما مختلفان اسما ومعنى وافراد كل عن الآخر في قوله صلى الله عليه وسلم الخنطة بالخنطة والشعر بالشعر يدل على أنهما جنسان والاقال الطعام بالطعام وكون اسم الاعم يصح اطلاقه على الاخص لا يوجب أن جميع ما يصدق عليه يكون متماثلا كالحيوان يطلق على أمور متباينة بلا شك كالانسان والفرس ولم يلزم من ذلك أن يكون جنسا واحدا بالمعنى الفقهي والثوب الهروي والمروى وهو يسكون الرام جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بها وكذا المروى المنسوج ببغداد وخراسان والبلد الارمني والطالقاني جنسان والتمر كاه جنس واحد والحديد والرصاص والشبه اجناس وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضأن والمعز والالبنة والاعم وشحم البطن اجناس ودهن البنفسج والخبري جنسان والادهان المختلفة أصولها اجناس ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لان الطيب زيادة (قوله وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه) حتى لا يجوز بيعه وزنا وان تماثلا في الوزن لان علم أنهم متماثلان في الكيل أيضا (وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبدا مثل الذهب والفضة لان النص أقوى من العرف) لان العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل زماننا في اخراج الشعير والسرج الى المقابر ليالي العيد والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل ولان حجة العرف على الذين تعارفوه والتموه فقط والنص حجة على الكل فهو أقوى ولان العرف انما سار حجة بالنص وهو

(قال وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا) كالخنطة والشعر والتمر والمخ (فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه وكل ما نص على التحريم فيه وزنا) كالذهب والفضة (فهو موزون أبدا) لان النص أقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الاعلى من تعارف به والاقوى لا يترك بالادنى

(وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها) أي عادات الناس (دلالة) على سوا الحكم فيما وقعت عليه لقوله عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن (وعن أبي يوسف رحمه الله اعتبار (٢٨٣) العرف على خلاف المنصوص عليه

أيضا لان النص على ذلك) أيضا لان النص على ذلك) أي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت انما كان العادة فيه فكان المنظور اليه هو العادة في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب أن يثبت الحكم على وفاء ذلك (وعلى ذلك لو باع حنطة بجنسها متساويا وزنا أو ذهب بجنسها متماثلا كيلا) حاز عنده اذا تعارفوا ذلك ولا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وان تعارفوه لتوهم الفضل على ماهو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة لكن يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا على ما اختاره الطحاوي لوجود الاسلام في معلوم فان المماثلة ليست بمعتبرة فيه انما المعتبر هو الاعلام على وجهه ينفي المنازعة في التسليم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذلك الوزن وكذا في التهمة انه لا يجوز فكلان في المسئلة روايتان قال المصنف (وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على اختلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك لمكان العادة وكانت في المنظور اليها وقد تبدلت) أقول استقر ارض الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا

(وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس) لان ادلالة وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكأن في المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا أو الذهب بجنسها متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ماهو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجب وزنا لاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم

قوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وفي المجتبى ثبت بهذا أن ما يعتاده أهل خوارزم من بيع الحنطة الربعية بالخريفية موزنا ومتساويا لا يجوز (وما لم ينص عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو محمول على عادات الناس) في الاسواق (لأنها) أي العادة (دلالة) على الجواز فيما وقعت عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا الحديث ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء لان العرف بمنزلة الإجماع عند عدم النص وزاد الشافعي أن ما كان مستخرجا من أصل فهو ملحق به لانه تبع له كالدقيق (وعن أبي يوسف رحمه الله انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك) الكيل في الشيء أو الوزن فيه ما كان في ذلك الوقت الا لان العادة انذاك بذلك (وقد تبدلت) فتبدل الحكم وأجيب بأن تقر به صلى الله عليه وسلم اياهم على ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف لان العرف لا يعارض النص كما ذكرناه آنفا كذا وجهه ولا يخفى ان هذا لا يلزم بأبي يوسف لأن نصا رآه أنه كنهه على ذلك وهو يقول يصار الى العرف الطارئ بعد النص بناء على ان تغير العادة يستلزم تغير النص حتى لو كان صلى الله عليه وسلم حيالنص عليه على وزان ما ذكرناه في سنية التروايح مع أنه صلى الله عليه وسلم لم يواظب عليه بل فعله مرة ثم ترك لكن لما بين عذر خسة الافتراض على معنى لولاه لو اظحى حكم بالسنية مع عدم المواظبة لانا أمننا من بعده النسخ فكننا بالسنية فكذا هذا لو تغيرت تلك العادة التي كان النص باعتبارها الى عادة أخرى تغير النص والله أعلم (فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا أو الذهب بجنسها متماثلا كيلا لا يجوز عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله (وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل في أحدهما) وقوله (الا أنه الى آخره) استثناء على قولهما من قوله فهو مكيل أبدا أي يلزم أن يتصرف فيه بالكيل أبدا فهو بهوم ينعى السلم في الحنطة ونحوها وزنا فاستثناءه وقال يجوز ذلك لان المصحح فيه كون المسلم فيه معلوما على وجهه لا يكون بينهما فيه نزاع وذلك يتحقق بانفاقهما على الوزن بخلاف بيعها بجنسها فان المصحح هناك التماثل بالمسوى الشرعي المعين فإلم يكن ذلك المسوى التحق بالخلاف فلا يجوز وهذا مختار الطحاوي وروى الحسن عن أصحابنا رحمه الله أنه لا يجوز لانهم مكيل بالنص والحاصل أن فيه روايتين والفتوى على الاول وقد عرفت الفرق وقوله في الكافي الفتوى على عادة الناس يقتضي أنهم لو اعتادوا أن يسلموا فيها كيلا فاسلم وزنا لا يجوز ولا ينبغي ذلك بل اذا اتفق على معرف كيل أو وزن ينبغي أن يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع وفي جمع التفاريق روى عنهم ما جواز السلم وزنا في المكولات وكذا عن أبي يوسف في الموزونات كيلا أنه يجوز وكذا أطلقه الطحاوي فقال لا بأس بالسلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا هذا الذي ذكره فرقي بين الكيل اتصال وزني عادة وقلبه فأما الوزني نساو عادة كافي انما من جنس واحد حديد أو ذهب أو فضة أحدهما أكثر وزنا من الآخر في الانامين من غير النقدين يجوز بيع أحدهما بالآخر اذا كانت العادة أن لا يباعان وزنا لانه عددي متقارب وفي أو اني الذهب والفضة لا يجوز فانه يجري فيه ما بالفضل وان كانت لا تباع وزنا في العادة فان الوزن في الذهب والفضة منصوص عليه فلا يتغير للصناعة بالعادة وأما في الحديد ونحوه

على ماهو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبنيا على هذه الرواية

قال المصنف (وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه الخ) أقول استقر ارض الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا على ماهو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبنيا على هذه الرواية

قال (وكل ما ينسب الى الزطى فهو زنى)

فأوزن فيه ثابت بالعرف فيخرج بالصنعة ايضاً من أن يكون موزوناً بالعرف (قوله وكل ما ينسب  
الى الرطل فهو وزني) هذا في التحقيق تفسير لبعض ألفاظ ربما ينسب اليها المبيع بلفظ بقدر ولم يشتر  
فيها انهم السمرير جمع الى الوزن كما اشترى في المن والقفطار أو الى الكيل كما في الصاع والمد فلا يدري أهذه  
الاسماء من قبيل الوزن فيجوز حكمه الى المبيع أو المكيل فيجوز عليه حكم الكيل وذلك كحكم  
الرطل وهو بفتح الراء وكسر هاء الاوقية فأفاد أن المنسوب اليها من المبيعات وزني فيجوز عليه ذلك فلو  
بيع ما ينسب الى الرطل والاوقية كيلا بكيال متساويين يعرف قدرهما كيلا ولا يعرف وزن ما يحلها  
لا يجوز لاحتمال عدم تساويهما في الوزن فيكون بيع الخراف ولو تباعا كيلا متفاضلا وهما متساويان  
الوزن صح وليس قولنا لاحتمال عدم تساويهما وزناً لا فائدة له لظاهر تساويهما وزناً يجوز أن أقدمنا  
أن أموال الرابو بيعت مجازفة ثم ظهر تساويهما لا يجوز زخلاً فالزفر وقول الشافعي كقولنا بل لا فائدة  
أنه لو علم تساويهما فيجب نسبتها اليه من الكيل والوزن كان جائزاً ثم الرطل والاوقية مختلفان فيها  
عرف الامصار ويختلف في المصدر الواحد أمر المبيعات فالرطل الا أن بالاسكندر به وزن ثلثمائة  
درهم واثنا عشر درهما بوزن كل عشرة سبعة مثاقيل وفي مصر مائة وأربعة وأربعون درهما وفي الشام  
أكثر من ذلك فهو أربعة أمثاله وفي حلب أكثر من ذلك وتفسير أبي عبيد الرطل بأنه مائة وعثمانية  
وعشرون تفسير للرطل العراقي الذي قد دربه الفقهاء كيل صدقة الفطر وغيرها من الكفارات ثم في  
الاسكندر به الرطل المذكور لغير الكتان ورطل الكتان مائة درهما بوزن سبعة وكل رطل في عرف  
ديار مصر والشام وأقطار اثناعشر أوقية وربما كان في غيرها عشرين أوقية وحينئذ لا يشكل  
اختلاف كمية الاوقية باختلاف الرطل وفي زمنه صلى الله عليه وسلم كانت أربعين درهما ثم الاوقية  
مثلاً اثناعشر كما ذكرنا وفي نحو المسك والزعفران عشرة والحاصل ان هذه الاسماء مع أسمائها  
آخر توقيفية من جهة الاصطلاح تعرف بالاستكشاف والسؤال عنها في عرف الحال وقوله بكيال  
لا يعرف وزنه الى آخره عرف تقريره (قوله وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان) ذهب اوقية  
بجنسه أو بغير جنسه فان كان بجنسه اشترط فيه التساوي والتفاضل قبل افتراق الاثمان  
وان اختلف الجنس حتى لو عقد اربعة دراهم والصرف ومشافر سخا ثم تقابضوا فترافح وان لا يكون به خيار  
وكذا السلم ولا أجل كذا ذكر وهو مستدرك لان اشتراط التقابض يفيد ولو أسقط الخيار والاجل  
في المجلس عاده صحيحاً خلافاً للزفر وان كان بخلاف جنسه كالذهب بالفضة اشترط ما سوى التساوي  
واستدل على اشتراط التقابض بقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة وبالاهاء وهاء وروي ابن أبي  
شيبه من حديث ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وبالاهاء وهاء والورق بالورق  
وبالاهاء وهاء والبر بالبر وبالاهاء وهاء والشعير بالشعير وبالاهاء وهاء والتمر بالتمر وبالاهاء وهاء  
ورواه أصحاب الكتب الستة الذهب بالورق وبالاهاء وهاء والبر بالبر وبالاهاء وهاء والتمر بالتمر وبالاهاء وهاء  
وأنت وهمزة بوزن هاء مبنية على الفتح ومعناه خذوها بمعنى هو ربا الا فيما يقول كل منهما الصاعبه  
خذ ومنه هاء ماقروا كتابيه وفسره بأنه يعني يدا بيد في الحديث المتقدم ثم قال (وما سواه) أي ما سوى  
عقد الصرف (عاقبه الربا) من بيع الاموال الربوية بجنسها أو بخلاف الجنس بتفسير فيه التعيين ولا  
يعتبر فيه التقابض فلو اختلفا بعد تعيين البديلين عن غير قبض جاز عندنا (خلافاً للشافعي في بيع الطعام)

1000



(أقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة هاء وهاء) معناه يدا بيد وقد تقدم دلالة على الوجوب وهاء هاء وهاء على وزن هاء ومعناه خذ أى كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فية تقابضان وفسره بقوله يدا بيد جراً إلى إفادة معنى التعيين كائنين (وماسوى جنس الأثمان) من الرويات (يعتبر فيه التعيين دون القبض خلافًا للشافعي في بيع الطعام) أى فى كل مطعموم سواء بيع بمجنسه كبيع كتر خنطة بكر خنطة أو بغير جنسه ككر خنطة بشعير أو غير فانه إذا افتقر إلى أن يقبض فسد العقد عنده استدلالاً على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث المعروف يدا بيد والمراد به القبض لأن القبض يستلزمها الكونها آلهة فهى كتابة وبأنه إذا لم يقبض فى المجلس يتعاقب القبض والنقد من يد فتبعت شبهة الربا كالحال والمؤجل (ولنا أنه مبيع متعين) لأنه يتعين بالتعيين وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالثوب والعبد والذابة وغيرها وهذا أى عدم اشتراط القبض فيما يتعين لأن الفائدة المطلوبة بالهقد انما هى التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج إلى القبض فان قيل لو كان كذلك لماوجب القبض فى الصرف أجاب بقوله بخلاف الصرف فان القبض فيه يتعين به فان النقود لا تتعين فى العقد وقوله (ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام) جواب عن استدلال الخصم بالحديث فانه إذا كان معناه عينا بعين لم يبق دليل لاله على القبض والدليل على ذلك ما رواه عباد بن الصامت رضى الله عنه عينا بعين ووجه الدلالة ان اشتراط التعيين والقبض جميعا المدلول عليه ما بالروايتين متنافيا بالاجماع المركب أما عندنا فلا نالان الشرط هو التعيين دون القبض وأما عنده فبالعكس فلا بد من جعل أحدهما على الآخر وقوله (يدا بيد) يحتمل أن يكون المراد به القبض لأنه آله كما تقدم وان يكون التعيين لأنه انما يكون بالإشارة باليد (وقوله عينا بعين) محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على المحكم ولا يقال لزمكم (٣٨٥) العمل بعموم المشترك أو بالجمع بين الحقيقة

والمجاز لانكم جعلتم يدا بيد بمعنى القبض فى الصرف وبمعنى العين فى بيع الطعام لان نقول جعلناه فى الصرف بمعنى القبض لان التعيين فيه لا يكون الا بالقبض فهو فى معنى العين فى المحال كها الكن تعيين كل شئ بمجسبه ونوقض بأنه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض فى إنا ذهب ببيع باناء مثله لئلا يلزم تعيين المعين فان الاناء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط

أقوله عليه الصلاة والسلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وسنمين الفقه فى الصرف ان شاء الله تعالى قال (وماسواء مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافًا للشافعي فى بيع الطعام) له قوله عليه الصلاة والسلام فى الحديث المعروف يدا بيد ولأنه إذا لم يقبض فى المجلس فية تعاقب القبض والنقد من يد فتبعت شبهة الربا ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه لية تعين به ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عباد بن الصامت رضى الله عنه

أى كل مطعموم خنطة أو شعير أو لحم أو فاكهة فانه يشترط فيه التقابض أقوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد ولا نهيية تذييق التعاقب فى القبض ولأنه قد منية فيكون كالمؤجل اذ يحصل التفاوت فى البدلين (ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فى) صحة بيعه (القبض كالثوب) بالثوب والعبد بالعبد ونحو ذلك وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة إلى اشتراط شرط آخر وهو القبض بخلاف الصرف لان التعيين لا يحصل فيه الا بالقبض فان الدراهم والدنانير لا تتعين بملاوكة بالعقد الا بالقبض قال ومعنى (قوله يدا بيد عينا بعين) وكذا رواه عباد بن الصامت تقدم رواية

قال المصنف (أقوله عليه الصلاة والسلام الفضة بالفضة هاء وهاء) أقول قال الاتقانى قال المطرزى هاء بوزن هاء بمعنى خدمته وقوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابه أى كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فية تقابضان والقصر خطأ انتهى وفى شرح مسلم للنووى فيه لغتان المد والقصر والمد أقصر وأشهر وأصله هاك فابدلت الهمزة من الكاف ثم قال وغلط الخطائى وغيره من المحدثين فى رواية القصر وقالوا الصواب المد والفتح وليس بغلط بل هى صحيحة كما ذكرنا وان كانت قليلة (قوله وقد تقدم دلالة على الوجوب) أقول فى أوائل هذا الباب وهو قوله فان قيل تقدير بيعوا بوجوب البيع وهو مباح أجيب بأن الوجوب مصر وف إلى الصفة (قوله وهاء هاء وهاء على وزن هاء ومعناه خذ) أقول فعنى الحديث والله تعالى أعلم بيعوا الفضة بالفضة فأنال كل منكم لصاحبه هاء وهاء وفيه بحث بل المعنى متقائلين هاء وهاء (قوله أى كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه الخ) أقول لوصح هذا التفسير يلزم ان يكون القبض شرطاً فى غير الأثمان أيضاً لأن هاء وهاء مذكور فى الخنطة بالخنطة والشعير بالشعير فليتأمل (قوله المدلول عليهم ما) أقول يعنى ظاهرا (قوله وأما عنده فبالعكس) أقول فيه بحث فان القبض اذا كان شرطاً عنده يكون التعيين أيضاً كذلك اذا لا يوجد القبض الا وان يوجد التعيين فان قيل مراده اشتراط التعيين من حيث دلالة الحديث قلنا انتفاءؤه أيضاً ممنوع عنده (قوله ولا يقال لزمكم العمل بعموم المشترك الخ) أقول لا يقال فيه بحث فان عموم المشترك ارادة كلامه معنى المشترك من لفظ واحد وما نحن فيه ليس كذلك وكذا الكلام فى الجمع بين الحقيقة والمجاز لانا لانسان فان نحن فيه ليس كذلك الا ترى إلى قوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ مثلاً على يدا بيد الحديث على ما ذكر فى الكتب المبسوطة

وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتاً في المال عرفاً بخلاف التقصد والمؤجل قال (ويمحور بيع البصة  
باليضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين) لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا والشافعي يخالف  
فيه لوجود الظلم على ما مر

عبادة بن الصامت يدايدوله رواية أخرى عند مسلم عينا بعين ولفظه في مسلم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والماء بالماء الاسواء بسواء عينا بعين فمن زاد او ازيد فقد اربى وفيه قصة وقوله يقع التقابض فيحصل التفاوت بمجموع بل هذا القدر مهدر لا يعذر زيادة ما لم يذ كر الاجل وقد استشكل بأنه استدلال يدايد على اشتراط التقابض قبل الافتراق في الصرف ثم استدلال به هنا على ان الشرط التعيين لا التقابض فيكون تعميما للشرك أو للحقيقة في الجواز والجواب انه فسر هاء وهاء يدايد وفسر يدايد بالتعيين لرواية عينا بعين واستدلاله به على التقابض في الصرف لا ينفيه لان الاستدلال به هنا لانهما هو على التعيين أيضا لكن لما كان التعيين هناك بالتقابض يكون لا بغيره لما قلنا انما الاتعين الا بالقبض كان الاستدلال به اعلمه استدلالا عليه لكن ينبغي ان يقال جل يدايد على معنى عينا بعين ليس أولى من قلبه وأجيب عنه بأن رواية عينا بعين تفسير الاحتمال لان يدايد يحتمل معنيين فهي تفسيره ولو كان المراد منه القبض لم يؤمن لقوله عينا بعين فائدة لانه يحصل بالقبض ضرورة فلزم ان عينا بعين تفسير ليدايد ولقائل ان يدفعه عن الاحتمال بل هو ظاهر في التقابض ويجب ان يحمل عينا بعين عليه لان القبض أخص من التعيين وكل قبض يتضمن تعيينا وليس كل تعيين قبضا و باب الر باب احتياط فيجب ان تحمل العينية على القبض ويؤيده فهم عمر رضي الله عنه كذلك في الصحيحين ان ما لابن اوس اصطف من طلحة بن عبيد الله صرنا بمائة دينار فأخذ طلحة الذهب بقلبه في يده ثم قال حتى يأتي حازني من الغاية وعمر يستمع ثلثا فقال والله لا تفارقه حتى تأخذه منه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق وبالاهاء وهاء والبر بالبر بالاهاء وهاء والشعير بالشعير وبالاهاء وهاء والتمر بالتمر وبالاهاء وهاء وهذا استدلال الجوزي على اشتراط التقابض على أبي حنيفة رضي الله عنه وكيف ومعنى هاء اخذ وهو من اسم الافعال ومنه هاؤم اقر وأكتاه وقال قائل

وأما ما نقل من قياس الشافعي على الصرف في اشتراط التقاوض قد دفع بان الاسم ينفي هناك عن صرف  
كل الى الآخر في يده والمعاني الفقهية تعطف على الاسماء الشرعية وليس في الفرع ذلك الا انه لا حاجة  
اليه لان الدليل السمي على الوجه الذي قرناه يستقل بطلوبه (قوله) ويجوز بيع البيضة بالتمر  
والتمر بالتمرين الى آخره ومبني ذلك سبق وهو ظاهر غير ان ذلك كله مشروط بكونه يدا بيد أو هي  
مسائل الجامع الصغير صورته افهمه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في بيع بيضة ببيضتين وجوز  
بيجو زتين وفس بفسلسين وتمر بتمرين يدا بيد جازا اذا كان بعينه وليس كلاهما ولا أحدهما يدا  
بوصوره أربع ان يبيع فلسا بغير عينه بفلسين بغير أعينهما لا يجوز لان الفلوس الرائجة أمثلة  
متساوية قطعاً لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجوده منها فيكون أحدهما افضل حالاً لما مشروطاً  
العقد وهو الربا وان يبيع فلساً بعينه بفلسين بغير عينهما لا يجوز والا أمسك البائع الفلوس المعين  
وظالبه بفلس آخر أو سلم الفلوس المعين وقبضه بعينه منه مع فلس آخر لا يستحقاقه فلسين في ذمته فربما  
اليه عين ماله ويبقى الفلوس الآخر حالاً عن العوض وكذلك باع فلسين بأعينهما بفلس بغير عينه لا  
لوجاز لقبض المشتري الفلسين ودفع اليه أحدهما مكان ما استوجب عليه فيبقى الآخر فضلاً  
عوض استحق بعقد البيع وهذا على تقدير ان رضى بتسليم البيع قبل قبض الثمن والرابع ان يبيد

الحقيقة وهي فيها متفاوتة صغرا وكبرا وخالفنا الشافعي فيه لوجود الطعم على ما مر.

قال (ويجوز بيع الفلاس بالفلسين بأعيانهم الخ) بيع الفلاس بخمسة متفاضلا على أوجه أربعة بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير  
أعيانها وبيع فلس بعينه بفلسين بغير أعيانها وبيع فلس بعينه بفلسين بأعيانها وبيع فلس بعينه بفلسين بأعيانها وبيع فلس بعينه بفلسين بأعيانها  
فأما سوي الأوجه الرابع أما الأول فلأن الفلاس راثة أمثال متساوية قطعا الاصطلاح الناس على اهدار قيمة الجوده منهم أقيمكون أحد  
الفلسين نصفه خالي عن العرض مشروطا في العقد وهو الربا وأما الثاني فلأنه لا يجوز أن يسلّم البائع الفلاس المعين وطالب الآخر وشروطه  
خالف عن العرض وأما الثالث فلأنه لو حاز قبض البائع للفلسين ورد إليه أحدهما مكان ما استوجب في ذمته فيبقى الآخر بلا عرض  
وأما الوجه الرابع فيجوز أن يبيع الدرهم بالدرهمين وبهذا يتبين أن الفلاس راثة مادامت راثة لاتعين بالتعيين حتى لو قبلت بتخلاف  
جنسها كما إذا اشترى ثوبا بفلاس معينة فهلك قبل التسليم لم يطل العقد كالذهب والفضة (وله ما أن الثمن في حقهما ثبتت باصطلاحهما  
أذلا ولاية لغيرهما عليهما) وما ثبت باصطلاحهما ما في حقهما لم يطل باصطلاحهما كذلك واعترض عليه بانهم إذا كسدت باتفاق الكل  
لا تكون ثمنيا باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا تكون عروضاً أيضاً باصطلاحهما إذا كان الكل متفقاً على ثمنيتها سواء ما وأجيب بأن  
الاصل في الفلاس أن تكون عروضاً باصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الاصل فلا يجوز أن تكون ثمنيا باصطلاحهما ولو وقع  
على خلاف الاصل وأما إذا اصطالحا على كونهما عروضاً كان ذلك على وفاق الاصل فكان جائزاً وإن كان من سواهما متفقين على الثمنية  
وفيه نظر لانه ينافي قوله أن الثمنية في حقهما ثبتت باصطلاحهما أذلا ولاية لغير عليهما (٣٨٧) ويمكن أن يقال معناه أن الثمنية قبل  
الكساد ثبتت باصطلاحهما

قال (ويجوز بيع الفلاس بالفلسين بأعيانهم) عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز لأن  
الثمنية ثبتت باصطلاح الكل فلا يطل باصطلاحهما وإذا بقيت أثماناً لا تتعين فصار كما إذا كانا  
بغير أعيانهم ما وكبيع الدرهم بالدرهمين وله ما أن الثمنية في حقهما ثبتت باصطلاحهما أذلا ولاية  
لغير عليهما فتمطل باصطلاحهما وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزن البقاء الاصطلاح على  
العقد إذ في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لأن الثمنية خلقه  
وبخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهم مالا كالي بالكالي وقد نهى عنه وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه  
لأن الجنس بانه راده يحرم النساء

أو بشرط أن يكون من  
سواهما متفقين على  
الثمنية وإذا بطلت الثمنية  
فلا يعودا عرضاً تتعين  
بالتعيين فإن قيل إذا عادت  
عرضا عادت وزنية فكان  
بيع فلس بفلسين ومن يبيع  
قطعة صفو يقطعتين وذلك  
لا يجوز أجاب المصنف  
رحمه الله بقوله ولا يعود

وزن لانهما بالاقدام على هذا العقد ومقابلة الواحد بالاثنتين أعرض عن اعتبار الثمنية دون العد حيث لم يرجع الى الوزن ولم يكن العد  
مازوم الثمنية حتى ينتفي بانتفاء ما فبقى معدوداً واستدل على بقاء الاصطلاح في حق العد بقوله اذ في نقضه يعني الاصطلاح في حق العد  
فساد العقد وفيه نظر لانه مدعى الخصم ولو ضم الى ذلك والاصل حمله على الحجة كان له ان يقول الاصل جعل العقد عليهم مطلقاً أو في غير  
الربوات والاول ممنوع والثاني لا يفيد (قوله فصار كالجوزة بالجوزتين) بيان لانفسك كالعدينية عن الثمنية وقوله (بخلاف النقود) جواب  
عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لان الثمنية خلقه لا اصطلاحاً فلا يطل باصطلاحهما وقوله (وبخلاف) جواب عما قال كما إذا كان  
بغير أعيانهم ما فإن ذلك لم يجز لكونه كالي بالكالي أي نسبة بنفسه وهو منهي عنه (قوله وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه) جواب  
عن القسمين الباقيين لان عدم الجواز علة باعتبار أن الجنس بانه راده يحرم النساء

قال المصنف (ويجوز بيع الفلاس بالفلاس بأعيانهم) أقول الضمير راجع الى البدلين (قوله اما الاول فلان الفلاس) أقول ولانه كالي  
بكالي (قوله واستدل على بقاء الاصطلاح الخ) أقول لك أن تقول ليس قصد المصنف بذلك الاستدلال بل المبالغة في السند (قوله والاول  
ممنوع الخ) أقول الظاهر انه لا مجال للنوع فان الاصل في جميع العقود هو الحمل على الحجة ما أمكن الحمل عليها اجلا لامور المسلمين على  
الصالح وتحسينا للظن بهم ولا يخفى عليك مكان حمله عليها فان الوزن ليس منصوصاً عليه في النحاس والمتعارف في المسكوك مشترك  
فانه يكون بالعد وتارة بالوزن فليأمل قال المصنف (لانه كالي بالكالي وقد نهى عنه) أقول روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه  
نهى عن الكالي بالكالي قال أبو عبيدة هو النسبة بالنسبة وقال صاحب الفائق كالا الدين كواؤه وكالي إذا تأخر ومنه كالا الله بك  
أكل العر أي أطوله وأشد تأخر أو كالا ته أي إنسانه وكالات في الطعام أي أسلفت

الربا لانها مكيلة والمجانسة  
بأفيسة من وجه لانها ما  
الدقيق والسويق من أجزاء  
الخنطة لان الطحن لم يؤثر  
الا في تفريق الاجزاء  
والجتمع لا يصير بالتفريق  
شيأ آخر اذ لا من وجه لان  
اختلاف الجنس باختلاف  
الاسم والصورة والمعاني  
كما بين الخنطة والشعر  
وقد زال الاسم وهو ظاهر  
وتبدلت الصورة واختلفت  
المعاني فان ما يتقى من الخنطة

لا يتقى من الدقيق فانها  
تصلح لاختاذ الكشك  
والهريسة وغيرهما دون  
الدقيق والسويق وربا  
الفضل بين الخنطة والخنطة  
كان ثابتا قبل الطحن  
وبصيرورته دقيقا زالت  
المجانسة من وجه دون وجه  
فوقع الشك في زواله واليقين

لا يزول بالشك فان قيل  
لا يجوز اما ان يكون الدقيق  
خنطة أولا والثاني يوجب  
اجواز متساويا ومتفاضلا  
لا محالة والا لولا يوجب  
الاجواز اذا كان متساويا  
كذلك اجاب بان المساواة  
انما تكون بالكيل والكيل  
غير متساو بينهما وبين الخنطة  
لاكتنازهما فيه وتخلل  
حببات الخنطة فصار  
كالجازفة في احتمال الزيادة

قال المصنف (لانهم من  
أجزاء الخنطة) أقول وانما

لم يقل أجزاءهما لان من أجزاءهما النخالة أيضا

قال (ولا يجوز بيع الخنطة بالدقيق ولا بالسويق) لان المجانسة باقية من وجه لانهم من أجزاء  
الخنطة والمعارفهما الكيل لكن الكيل غير متساو بينهما وبين الخنطة لاكتنازهما فيه وتخلل حببات  
الخنطة

بالدرهمين ولهما ان ثمنهما في حقهما ثابتت باصطلاح ما اذ لا ولاية للغير عليهما فبطل باصطلاحهما  
واذا بطلت الثمنية تعينت بالتعيين لصيرورتها عرضا اعترض عليه بان الفلوس اذا كسدت  
باصطلاح الكل لا تكون ثمنيا باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا يصير عرضا باصطلاح المتعاقدين  
مع اتفاق من سواهما على ثمنها اجيب بان الفلوس في الاصل عرض فاصطلاحهما على الثمنية  
بعد الكساد كان على خلاف الاصل فلا يجوز ان تصير عرضا باصطلاحهما لوقوع اصطلاحهما على  
خلاف الاصل وخلاف الناس وأما اذا اصطالحا على كونها عرضا فهو على الاصل فيجوز ان  
كان من سواهما على الثمنية وقوله ولا يعودو زنا وان صار عرضا جواب عما يقال يلزم ان لا يجوز  
بيع فلس بفلسين لانه حينئذ يبيع قطعة نحاس بقطعتين بغير وزن فأجاب بان الاصطلاح كان على  
أمرين الثمنية والعديدية واصطلاحهما على اهدار ثمنهما لا يستلزم اهدار العديدية فانه لا يلزم بين عدم  
الثمنية وعدم العديدية بعد ثبوت الثمنية مع عدم العديدية كالقديين والعديدية مع عدم الثمنية كالجوز  
والبيض بخلاف الدرهم بالدرهمين لان النقود للثمنية خالقة وبخلاف ما اذا كانا بغير عينهما لانه يبيع  
الكالي بالكالي وقد نهى عنه ولا يخفى ضعف قوله لان الجنس بانفراده يحرم النساء وانما يتم لو كان  
كون المبيع أو الثمن بغير عينه يستلزم النسبة وليس كذلك ألا ترى ان البيع بالنقود يبيع بماليس  
معين ويكون مع ذلك طالفا لكونه بغير عينه ليس معناه نسبة وبخلاف ما اذا كان أحدهما بغير  
عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء والكالي بالكالي قال أبو عبيدة هو النسبة بالنسبة وفي الفائق  
كلا الدين بل رفع كلا فهو كالي اذا تأخر قال الشاعر وعينه كالكالي الضمار \* يهجو رجلا  
يريد بعينه عطية الحاضرة كالتأخر الذي لا يرجو ومنه كلا الله بكأ كلا العرأى أكثره تأخيرا وتكلا ت  
كلا أي استنسأت نسبة وحديث النبو عن الكالي بالكالي رواه ابن أبي شيبة واسحق بن راهويه  
والبراز في مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة بن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما قال  
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يباع كالي بكالي وضعفه أحمد بن موسى بن عبيدة فقيسل له ان شعبة  
يروى عنه فقال لو رأى شعبة مارا ينامنه لم يرو عنه ورواه عبد الرزاق عن ابراهيم بن أبي يحيى الاسلمى  
عن عبد الله بن دينار وضعف بالاسلمى ورواه الحاكم والدارقطني عن موسى بن عبيدة عن نافع عن ابن  
عمر وصححه الحاكم على شرط مسلم وغلطهما البيهقي وقال انما هو موسى بن عبيدة الزبيدي ورواه  
الطبراني من حديث رافع بن خديج في حديث طويل وعن كالي بكالي والحديث لا يستل عن الحسن بلا  
شك (قوله ولا يجوز بيع الخنطة بالدقيق) أي دقيقتها بوجه من الوجوه (ولا بالسويق) أي سويق  
الخنطة اما سويق الشعر فيجوز لان غاية ما يستلزم شبهة التفاضل وحقيقته جائزة لا اختلاف الجنس  
فضلا عن شبهته وانما امتنع لان المجانسة بين الخنطة ودقيقتها وان انتفت اسماء صورة ومعنى  
موجودة فان المقصود من الخنطة من نحو الهريسة والمقاوة واخراج النشامنتف في الدقيق فهي باقية  
من وجه لانها من اجزاء الخنطة وانما لم يقل اجزأؤها لان من اجزأؤها النخالة أيضا فالخنطة كسرت  
على اجزاء صغار وذلك لا ينفي المجانسة والمعارف في كل من الخنطة والدقيق والسويق الكيل والكيل  
لا يوجب النسوية بينهما لان بعارض ذلك التفسير صارت أجزاءها مكتنزة (فيه) أي في الكيل أي  
منظمة انضماما شديدا والتمح في الكيل ليس كذلك فلا تحقق المساواة بينهما كيلا بل هو محتمل فصار

(فلا يجوز وان كان كيلا بكيلا) ليل حرمة الربا حرمة تتناهي بالمساواة في الاصل وعلى ما ذكرتم في هذا الشرع ثبتت حرمة لا تتناهي  
فمثل ظاهرا الذي على ما عرف وأجيب بان حرمة الربا تتناهي بالمساواة في الخنطة أو في الشبهة والثاني منوع فان حرمة النساء  
لا تتناهي بالمساواة والاول مسلم لكن ما نحن فيه من الثاني ويجوز ان يقال الحرمة تتناهي بالمساواة فلا بد من تحقيقها وفيما نحن فيه  
لا يتحقق ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا بكيلا لتحقق الشرط وغو وجود المستوي ومتساويا كيلا بكيلا فيل حالان  
متداخلان لان العامل في الاول بيع وفي الثاني متساويا ويجوز ان يكونا مترادفين وفائدة ذكر الثانية في نزعهم جواز المساواة وزنا  
حكى عن الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله ان بيع الدقيق بالدقيق اذا تساويا كيلا انما يجوز اذا كانا كبوسين ولا يجوز بيع  
الدقيق بالسويق عند أبي حنيفة متساويا ولا متفاضلا لان الدقيق اجزاء (٢٨٩) خنطة غير مقلية والسويق

اجزأؤها مقلية فكلا  
يجوز بيع اجزاء بعض  
بالاخر لقيام المجانسة من  
وجهه فكذا لا يجوز بيع  
اجزاء بعض باجزاء بعض  
آخر

فلا يجوز وان كان كيلا بكيلا (ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا) لتحقق الشرط (وبيع  
الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع  
السويق بالخنطة فكذا بيع اجزأها لقيام المجانسة من وجهه

بيع أحدهما بالاخر كيلا كبيع اجزأه لذلك الاحتمال وحرمة الربا انما كانت منتهية بالعلم بالمساواة  
الا فبالاعتبار به مثل أن يتفق كبس في كيل هذه الخنطة لم يتفق قدره سواء في الاخرى فاذا لم يتحقق  
العلم بها صارت منتفية بالضرورة (فلا يجوز وان كانت كيلا بكيلا) مساووقولنا قول الشافعي في  
الاظهر عنه وسفيان الثوري وأحمد في رواية خلافا لما لك وأحمد في أظهر قوله لان الدقيق نفس الخنطة  
فروت اجزأها فاشبهه بيع خنطة صخرة جدا بكبيرة جدا وما ذكرناه من عروض الجهل بالمساواة  
بعروض الطعن يدفعه وبيع الخنطة بالدقيق على هذا الخلاف إلا أن الشافعي أجازه لان الخنطة ليست  
من أموال الربا لانها لا تطعم وقوانا المعيار في الخنطة والدقيق الكيل لا يراد به الا شيئا اذا بيع بمجنسه أما  
بالدراهم فيجوز بيع الخنطة وزنا بالدراهم وكذا الاستقراضه كيلا والسلم فيه كيلا ومنع الشافعي بيع الدقيق  
بمتساويا كيلا) وهو قول أحمد وكذا استقرضه كيلا والسلم فيه كيلا ومنع الشافعي بيع الدقيق  
بالدقيق لانه لا يعتدل في الكيل لانه يتكسب بالكبس فلا يتحقق التساوي في الكيل ونحن نمنع كونه  
لا يعلم بل يعلم وما يتوهم من التفاوت بالكبس يتوهم مثله في كيل القمح وقد سقط اعتباره وفي الذخيرة  
عن الامام الفضل انما يجوز اذا تساويا كيلا اذا كانا كبوسين وهو حسن ولفظ متساويا نصب على  
الحال ونصب كيلا على التمييز وهو غير نسبة مثل تصبب عرفا والاصل متساويا كيلا وفي بيع الدقيق  
بالدقيق وزنا وابتان وفي الخلاصة لم يذ كر غير رواية المنع فقال في جنس آخر في الزرع والثمار وكذا بيع  
الدقيق بالدقيق وزنا لا يجوز وفيها أيضا سواء كان أحد الدقيقين أحسن أو أدق وكذا بيع الخنطة بالخنطة  
وفي شرح أبي نصر يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على صفة واحدة من النعومة والذي في الخلاصة  
أحسن لاهذا ذلك القدر من زيادة النعومة وبيع الدقيق المخول بغير المخول لا يجوز الا مماثلا وبيع  
الخنطة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند أبي يوسف بأن كانت الخنطة الخاملة أكثر من الخنطة التي في  
الدقيق ثم قال المصنف (وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز) أي لا يجوز بيع دقيق نوع من الخنطة أو الشعير  
بسويق ذلك النوع عند أبي حنيفة متفاضلا ولا متساويا أما دقيق الخنطة بسويق الشعير وعكسه فلا

قال المصنف (فكذا  
بيع اجزأهما) أقول  
كان الظاهر أن يقول  
فكذا بأجزأهما لا أنه  
عدل الى هذا اشارة الى  
أنها مبيعة أيضا في  
أمثال هذا البيع (قوله  
وأجيب بأن حرمة  
الربا تتناهي بالمساواة في  
الخنطة أو في الشبهة)  
أقول قوله في الخنطة أو  
في الشبهة يحتمل أن  
يكون قيد المساواة فعني  
قوله فان حرمة النساء  
لا تتناهي بالمساواة أي  
بشبهة المساواة التي في  
النساء لاستئزاهم شبهة  
الفضل شبهة المساواة

(٣٧ - فتح القدير خامس) أيضا ويحتمل أن يكون قيد الارباب هو الا نسب بقوله  
فان حرمة النساء الخ والاول أفسر بقليل ما مل وأنت خبير بأن قوله ويجوز ان يقال الخ يعين الاحتمال الثاني والالزم التكرار  
(قوله ويجوز ان يقال الحرمة تتناهي بالمساواة فلا بد من تحقيقها الخ) أقول بان يكون كلا البديلين نسبية فانه لا يجوز زلوم الكالي  
بالكالي (قوله ومتساويا كيلا بكيلا حالان متداخلان) أقول فكيف لا ينبغي ان يكون بمعنى مكيلين لكن الظاهر عندى ان انتصاب  
كيلا على التيسير أي متساويا كيلا تأمل وسيجي من الشارح تفسير كيلا بقوله أي من حيث الكيل في شرح قوله والربط بالربط  
يجوز مماثلا كيلا فذلك كالتصريح بكون كيلا غيرا (قوله لقيام المجانسة من وجهه) أقول مع انتفاء المسوى (قوله بأجزاء بعض  
آخر) أقول لذلك أيضا



وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود اذ هو بالدقيق اتخاذ الخبز والعصا تدولا يحصل شيء من ذلك بالسويق بل المقصود به ان يلت بالسمين أو العسل أو يشرب بالماء وكذلك الاسم واذا اختلف الجنس فبيعهوا كمن ستم بعد ان يكون يدابيد والجواب ان معظم المقصود وهو التغذي يشمل ما وفوات البعض لا يضر كالمصلحة غير المقلية (والعلكة بالسوسة) التي أكلها السوس والمقلية هي المشوية من قتي يقتل اذا شوى (٣٩٠) ويجوز مقلدة من قلاية نأو والعلكة هي الجيدة التي تكون كالعلك من صلابتها

وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشمل ما فلا يبالى بنوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالسوسة قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) عندهما أي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفزأ أكثر ليكون اللحم بمثابة ما فيه من اللحم والباقي

شذ في جوارحه (وعندهما يجوز) بيع الدقيق بالسويق متساويا ومتفاضلا (لانهما) أي دقيق الخنطة وسويقتها مثلا (جنسان) وان رجعا الى أصل واحد (لاختلاف المقصود) اختلافا كثيرا بعد القلي والطحن فان المقاصد من الدقيق مثل أن يصنع خبزا أو عصيدا أو طرية وهو شبه الرشتا لا يتأق من السويق كما ان ما يقصد بالسويق وهو أن يذاب مع عسل ويشرب أو يلت بسمين وعسل ويؤكل لا يتأق من الدقيق واذا كانا جنسين جاز بيع أحدهما بالآخر متساويا ومتفاضلا وأبو حنيفة يمنع انهما جنسان وله طريقان أحدهما أن بيع الخنطة المقلية بالخنطة غير المقلية لا يجوز اتفاقا وذلك ليس الا اعتبار اتحاد الجنس وعدم العلم بالتساوي مع مساواة الكيل لا كتنازأ أحدهما فيه دون الآخر والدقيق أجزاء غير المقلية والسويق أجزاء المقلية ولم يزد الدقيق على الخنطة الا بتكسيه بالطحن وكذا الآخر وذلك لا يوجب اختلاف الجنس بعد اتحادهما والثاني وعليه اقتصر المصنف أن بيع الخنطة غير المقلية بالسويق لا يجوز وكذا بيع الخنطة المقلية بالدقيق وليس ذلك الا لاستلزامه ربا الفضل وربا الفضل لا يثبت الامع المجانسة فكانت المجانسة ثابتة بين السويق والخنطة والدقيق أجزاء الخنطة فتثبت المجانسة بين الدقيق والسويق ثم يمنع العلم بالمساواة فيمنع البيع مطلقا قوالهم اختلفت المقاصد وذلك اختلاف الجنس (قلنا أعظم المقاصد) هي متحدة فيه (وهو التغذي فلا يبالى بفوات بعضها) الذي هو دون المقصد الأعظم بدليل الحكم باتحاد الجنس في الخنطة المقلية وغير المقلية حتى امتنع بيع أحدهما بالآخر كما ذكرناه بسبب اتحادهما في ذلك المقصود الأعظم مع فوات مادونه من المقاصد فان المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تطحن فيتحذر منها خبز (و) كذا (العلكة) أي الجيدة السالمة من السوس (مع السوسة) ومع ذلك جعلنا جنسا واحدا غير ان السوسة يجوز بيعها بالعلكة كيلا متساويا والمقلية مع غير المقلية لا يجوز لما ذكرنا من أن الكيل لا يسوي بينهما فاما بيع الخنطة المقلية بالمقلية فاختلافها قليل يجوز اذا تساوا بوزن أو ذكره في الذخيرة وقيل لا وعليه عول في المبسوط ووجهه أن النار قد تأخذ في أحدهما أكثر من الآخر والاول أولى ومسوسة بكسر الواو كأنها هي سوست أي أدخلت السوس فيها (قوله ويجوز بيع اللحم بالحيوان عندهما أي حنيفة وأبي يوسف) سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أو لا مساويا لما في الحيوان أو لا بشرط التعيين أما بالنسبة فلا لامتناع السلم في الحيوان واللحم وفصل محمد رحمه الله فقال إن باعه بلحم غير جنسه كلعن البقرة بالشاة الحية ولحم الجزور بالبقرة الحية يجوز كيفما كان وان كان من جنسه كلعن شاة بشاة حية فشرطه أن يكون اللحم المفزأ أكثر من اللحم الذي في الشاة ليكون لحم الشاة بمثابة مثله من اللحم وباقي اللحم

تقدم من غير ان تنفع بالسوسة العشة وهي دودة تقع في الصرف والنياب والطعام ومنه حنطة مسوسة بكسر الراء والمشددة قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) بيع اللحم بالحيوان على وجهه منها ما اذا باعه بحيوان من غير جنسه كما اذا باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كافي اللعنان المختلفة على ما تبين ومنها ما اذا باعه الحيوان من جنسه كما اذا باع لحم الشاة بالشاة لكنها مذبوحة مفصولة عن السقط وهو جائز بالاتفاق ان كانا متساويين في الوزن والافلا ومنها ما اذا باعه بجنسه مذبوحة غير مفصولة عن السقط وهو لا يجوز الا ان يكون اللحم المفصول أكثر وهو أيضا بالاتفاق ومنها ما اذا باعه بجنسه حيوا وهو مسئلة الكتاب وهو جائز عند محمد (الا اذا كان اللحم المفزأ أكثر لكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي

(قوله لانهما جنسان لاختلاف المقصود) أقول

لا يقال اختلاف المقاصد حاصل في الخنطة مع الدقيق مع انهما جعلاهما متحدى الجنس من وجه اذا المسئلة (بمقابلة) اتفاقية فباللهما هل يجمع لا الدقيق والسويق كذلك لان الخنطة اذا قلت صارت بالقلي كأنها جنس آخر لاختلاف المقاصد واذا فرقت الاجزاء يصير المتفرق غير المجتمع أيضا من وجهه ففي الخنطة مع الدقيق سبب الاختلاف من وجهه حاصل مرة وفي الدقيق مع السويق مرتين فافترقا فليتناسل

بمقابل السقط اذ لو لم يكن كذلك لتحقيق الربا (ما من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم) والقياس معه لوجود الجنسية باعتبار ما في الذن (فصار كالحل) أي الشيرج (بالسمسم وأهمل أنه باع الموزون بما ليس بموزون) لأن اللحم موزون لا بحالته والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن لأنه يخفف نفسه مرة ويثقل أخرى يضرب قوة فيه فلا يدري أن الشاة خفت نفسها أو ثقلت بخلاف مسألة الحل بالسمسم لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين الثجير ووزن (٢٩١) الثجير وهو ثقله وهذا في الحقيقة

جواب عما يقال إن السمسم لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن يمكن معرفته بالوزن ولا كذلك الحيوان والذي يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحل والسمسم عند التمييز بين الدهن والثجير ولا يشمل اللحم والحيوان بحال وهذا لأن الحل والسمسم يوزنان ثم يميز الثجير ووزن فيعرف قدر الحل من السمسم والحيوان لا يوزن في ابتداء حتى إذا ذبح ووزن السقط وهو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجملد والكرش والامعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم فكان بيع اللحم به بيع موزون بما ليس بموزون وفي ذلك اختلاف الجنس أيضا فان اللحم غير حساس والحيوان حساس متحرك بالارادة والبيع فيه جائز متفاضلا بعد أن يكون يدا بيد فان قيل اذا اختلف الجنس لم يشملهما الوزن جازا لبيع نسيئة وليس كذلك أجيب بأن النسيئة ان كانت في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان وان كانت في البهائم الاخر فهو سلم في اللحم وكلاهما لا يجوز

بمقابل السقط اذ لو لم يكن كذلك لتحقيق الربا (ما من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم فصار كالحل بالسمسم وأهمل أنه باع الموزون بما ليس بموزون لأن الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفته ثقله بالوزن لأنه يخفف نفسه مرة ويثقل أخرى بخلاف تلك المسألة لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين الثجير ووزن الثجير

(بمقابل السقط اذ لو لم يكن كذلك لتحقيق الربا) إما أن زيادة السقط ان كان اللحم المفروض مثل ما في الحيوان من اللحم أو أن زيادة اللحم ان كان اللحم أقل مما في الشاة فصار كببيع الحل بالمهمل وهو دهن السمسم لا يجوز الاعلى ذلك الاعتبار والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلق والجملد والاراع ولو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جازا ذاتا ساويا وزنا بالاجماع والمراد بالمسلوخة المفصلة من السقط وان كانت بسقطها لا يجوز الاعلى الاعتبار ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل أما عندهما فظاهر لأنه لو اشتراها بالسمسم كان فكذلك اذا اشتراها بشاة مذبوحة وأما على قول محمد فاذا جاوز لانه لحم اللحم وزيادة اللحم في احدهما مع سقطها بازاء السقط وعلى هذا شأن مذبوحان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لم يسلح يجوز لأن اللحم بمثل وزيادة لحم الشاة بازاء الجملد ونحوه فالمراد هنا من المسلوخة وغيرها باعتبار الجملد وعدمه وقال مالك والشافعي وأحمد رحمه الله لا يجوز بيع اللحم بالحيوان أصلا لا بطريق الاعتبار ولا بغيره خلافا للزني من أصحاب الشافعي فإنه قال كقول أبي حنيفة وأبي يوسف ولو باعه بلحم غير جنسه كالحم البقرة بشاة فقال مالك وأحمد يجوز وللشافعي قولان والاصح لا يصح لمعوم فيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله في الاطلاق (أنه باع موزون بما ليس بموزون) فغايبته اتحاد الجنس كما قال محمد باعتبار ما في الذن كالعصير مع الغنم والاسن مع السمك لكن اتحادهم مع اختلاف المقدرة انما يمنع به النساء فقلنا بشرط التعيين ولا يجوز النساء فيه وانما قلنا ان الحيوان ليس بموزون (لأنه لا يوزن عادة) فليس فيه أحد المقدرين الشرعيين الوزن أو الكيل لأن الحيوان لا يعرف قدر الدهن إذا ميز بين الثجير ثم يوزن الثجير هذا على حاله بخلاف الدهن والسمسم (لأن الوزن يعرف قدر الدهن إذا ميز بين الثجير ثم يوزن الثجير) هذا على النزل والافهم على ما قال غير المصنف يعتبران لحم الشاة مع الشاة الحية جنسين أخذنا من قوله تعالى فكسونا العظام لحما ثم أنشأنا خلقا آخر أي بعد نفخ الروح فعلم أن الحي مع الجسد جنسان فيجوز بيع أحدهما بالآخر من غير اعتبار وانما امتنع النساء لأنه حينئذ سلم وهو لا يجوز كما قدمناه واءلم أن السمع ظاهر في منع بيع اللحم بالحيوان ومنه ضعيف وقوي فمن القوى ما رواه مالك في الموطأ وأبو داود في المراسيل عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وفي لفظ نهى عن بيع الحية بالميت ومرسل سعيد مقبول بالاتفاق وقال ابن خزيمة حدثنا أحمد بن حفص السلمي حدثني أبي حدثني إبراهيم بن طهمان عن الحجاج بن حجاج عن قتادة عن الحسن عن سمرة بن جندب قال البهائم اسناد صحيح ومن أثبت سماع الحسن من سمرة عدمه موصولا ومن لم

(قوله والذي يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحل الخ) أقول أي وزن السمسم في الحال عند المبيعة يشمل أي يظهر شموله أياها عند التمييز (قوله وهذا لأن الحل والسمسم يوزنان الخ) أقول يعني بوزن الحل الذي جعل مبيعا فبيع بمقداره ووزن السمسم الذي جعل في مقابلته ويعلم قدره أيضا حينئذ يستخرج الدهن من السمسم فيوزن الثجير فيبعد العلم بمقدار الثجير يعرف قدر الحل المستخرج من غير احتياج إلى وزنه ثانيا بل يكفي الوزن الأول للسمسم تلك المعرفة فلعلم المراد من تعريف الوزن أياه في الحال هو هذا (قوله وفي ذلك اختلاف الجنس أيضا الخ) أقول هذا طريق آخر لهما لا ثبات مدعاها

(قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً مثل) بيع الرطب بالتمر متفاضلاً لا يجوز بالإجماع ومثلاً مثل حوزة أبو حنيفة خاصة (وقال لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سعد بن أبي وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر) وقال (أيتقص اذا جف فقل نعم قال لا اذا) أي لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف (٣٩٣) وفيه إشارة إلى اشتراط المماثلة في عدل الأحوال وهو ما بعد الجفاف وبالكيل في الحال

لا يعلم ذلك (قوله فقال عليه الصلاة والسلام) هو الدليل ولاي حنيفة المنقول والمعقول أما الاول فلانه صلى الله عليه وسلم سئى الرطب تمرًا حين اهدى رطباً فقال أوكل تمر خبير هكذا أو بيع التمر مثله جابر لما روى من الحديث المشهور وأما المعقول فما روى أن أبا حنيفة رحمه الله لما دخل بغداد سئل عن هذه المسئلة وكانوا أشد يدا عليه لخالفته الخبر فاحتج بأن الرطب لا يجزى ما أن يكون تمرًا أو لا فان كان تمرًا جاز العدة بأول الحديث يعني قوله التمر بالتمر وان لم يكن جاز بقوله اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فأورد عليه حديث سعد فقال هذا الحديث دار على زيد بن عياش وهو ضعيف في النقل واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن لما نقوه في الحديث لكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور واعترض بأن الترديد المذكور يقتضى جواز بيع المقليصة بغير المقليصة لان المقليصة اما أن تكون حنطة فتجوز بأول الحديث أو لا فتجوز بآخره فتمهم من قال ذلك كلام

قال (و يجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً مثل عند أبي حنيفة) وقال لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عنه أو يتقص اذا جف فقل نعم فقال عليه الصلاة والسلام لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه الصلاة والسلام حين أهدى إليه رطب أو كل تمر خبير هكذا سماه تمرًا وبيع التمر مثله جابر لما روى من الحديث لو كان تمرًا ثمنه فهو مرسى جيد وأنت تعلم ان المرسل عندنا حجة مطلقا وأسند الشافعي الى رجل مجهول من أهل المدينة أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حتى يمت وأسند أبصاعن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه نهى عن بيع اللحم بالحیوان وبسنده الى القاسم بن محمد وعروة بن الزبير وأبي بكر بن عبد الرحمن أنهم كرهوا ذلك وهو لا تابعون وحديث أبي بكر رضي الله عنه لعنه بالمعنى فان مشايخنا ذكروه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن جزورا تمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاءه عمر بن الخطاب فقال اعطوني هذا العناق لحما فقال أبو بكر رضي الله عنه لا يصح هذا وأما قوله على أنه كان من ابل الصدقة فمخرجه صدق به (قوله ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً مثل عند أبي حنيفة) وقال أبو يوسف وعبد مالک والشافعي وأحمد ورجههم الله لا يجوز فقد تفرد أبو حنيفة بالقول بالجواز وأما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلا متمائلا للجماعة قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى مالك في الموطأ عن عبد الله بن يزيد مولى الاسود بن سفيان عن زيد بن عياش عن سعد بن أبي وقاص أنه سئل عن البيضا بالثلث فقال سعد أي ما أفضل قال البيضا فنهاه عن ذلك وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيتقص الرطب اذا جف قال نعم فنهاه عن ذلك فهذا حكم منبه فيه على علمه وهو كونه يتقص في أحد البسطين في ثانی الحال عن المساواة ومن طريق مالك رواه أصحاب السنن الاربعة وقال الترمذي حديث حسن صحيح (ولاي حنيفة رضي الله عنه ان الرطب تمر لقوله صلى الله عليه وسلم حين أهدى إليه رطب أو كل تمر خبير هكذا اقسامه) أي سمي الرطب (تمرًا) وهذا النعائيم اذا كان المهدى رطباً وليس كذلك بل كان تمرًا أخرج الشيخان في الصحيحين عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أخاه عدي الانصاري رضي الله عنه فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل تمر خبير هكذا فقال لا والله يا رسول الله انالناخذ الصاع من هذا بالصاعين من الجمع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعاوا ولكن مثلاً مثل أو بيعوا هذا واشتروا به منه من هذا وكذلك الميزان ولفظ آخر انالناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بع الجمع بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنباً والجمع أصناف بمجموعة من التمر وما ادعاه بعض الخلافين فتمن خلف لا يا كل تمرافاً كل رطباً انه يحنث فليس كذلك بل المذهب انه لا يحنث لان مبناها على العرف وسند كرتامه ثم قال المصنف (ولانه ان كان تمرًا) هذا اللفظ يحكي عن أبي حنيفة انه دخل بغداد وكانوا أشداء عليه لخالفه الخبر فسألوه عن التمر فقال الرطب اما أن يكون تمرًا أو لم يكن فان كان تمرًا جاز العدة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فأورد عليه الحديث فقال هذا الحديث دار على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه وأدله

حسن في المناظرة لدفع شعب الخصم والخلة لا يتم به بل بما يتبين من اطلاق اسم التمر عليه وقد ثبت أن التمر اسم المصنف اتمرة خارجة من النخل من حيث تعقد صورتها الى أن تذرك والرطب اسم لنوع منه كالبر في غيره ويجوز أن يقال انه حنطة (قوله لا اذا) أقول مقول قول لقوله عليه الصلاة والسلام (قوله فأورد عليه حديث سعيد) أقول الظاهر أن يقال سعد (قوله من اطلاق اسم التمر عليه) أقول أي اسم التمر

جاء البيهقي بآول الحديث وان كان غير مرفقا آخره وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان تبعوا كيف شئتم ومدار ما روياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة قال (وكذا العنب بالزبيب) يعني على الخلاف والوجه ما بيناه

(قوله فيجوز بآول الحديث) قلنا انما جاز أن لو ثبتت المسألة بينهما كما لا ولا ثبتت لما قيل ان القلي صنعتة يفرم عامها الاعوان فصار كمن باع قفزة بغير فدرهم لا يقال ذلك راجع الى التفاوت في الصفة وهو ساقط كالجسود لان التفاوت الراجع الى صنع الله ساقط بالحديث وأما الراجع الى صنع العباد فمعتبر بدليل اعتباره بين النعمة والنسيئة فكل تفاوت ينبنى على صنع العباد فهو مفسد كافي المقلية بخبرها والحنطة بالدقيق وكل تفاوت خلقى فهو ساقط العبرة كافي الرطب والتمر والجيد والردى والعنب بالزبيب على هذا الخلاف بالوجه المذكور ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف اشارة الى قوة دليل أبي حنيفة رحمه الله

(قوله ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف) أقول الفرق بين الخلاف والاختلاف سبقي في باب الوطاء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب

المصنف بقوله (ضعيف عند النقلة) وغلط بعض الشارحين المصنف في قوله زيد بن عياش فان المذکور في كتب الحديث زيد أبو عياش وتبع في ذلك الشيخ علاء الدين مغلطاي قال الامام الزيلعي المخرج رحمه الله ليس ذلك بصحيح قال صاحب التنقيح زيد بن عياش أبو عياش الدورقي ويقال المخزومي ويقال مولى بن زهرة المدني ليس به بأس وغير مشايخنا ذكره وأن أبا حنيفة انما قال هو مجهول وقد رددته بين كونه غمرا أو لا بان هنا قسمائنا وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بالآخر كالحنطة المقلية بغير المقلية لعدم تسوية الكيل بينهما فكذلك الرطب بالتمر لا يسويهما الكيل وانما يسوي في حال اعتدال البدلين وهو أن يحف الآخر وأبو حنيفة يمنعه ويعتبر التساوي حال العقد وعروض المقص بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال اذا كان موجبه أمر اخلقيا وهو زيادة الرطوبة بخلاف المقلية بغيرها فان في الحال تحكم بعدم التساوي لاكتناز أحدهما في الكيل بخلاف الآخر لاختلاف كثير ورد طعمه في أبي عياش أيضا بانه ثقة كما قلنا آنفا من قول صاحب التنقيح وأيضا روى عنه مالك في الموطأ وهو لا يروى عن رجل مجهول وقال المنذري كيف يكون مجهولا وقد روى عنه اثنان ثقتان عبد الله ابن زيد ومولى الاسود بن سفيان وعمران بن أبي أنس وهما ممن احتج بهم امام مسلم في صحيحه وقد عرفه أئمة هذا الشأن وقد أخرجه حديثه مالك في الموطأ مع شدة تحريه في الرجال وقال ابن الجوزي في التحقيق قال الامام أبو حنيفة زيد أبو عياش مجهول فان كان هو لم يعرفه فقد عرفه أئمة النقل ثم ذكر ما ذكرنا وقد أوجب أيضا بانه بتقدير صحة السند فالمراد النهي عنه نسيئة فانه ثبت في حديث أبي عياش هذا زيادة نسيئة أخرجه أبو داود في سننه عن يحيى بن أبي كثير عن عبد الله بن يزيد أن أبا عياش أخبره أنه سمع سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه يقول نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالرطب نسيئة وبهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه وكذا رواه الطحاوي في شرح الآثار ورواه الدارقطني وقال اجتماع هؤلاء الاربعة على خلاف ما رواه ابن أبي كثير يدل على ضبطهم الحديث يريد بالاربعة مالكا واسماعيل بن أبي أمية والضحاك بن عثمان وآخر وأنت تعلم ان بعد صحة هذه الزيادة يجب قبولها لان المذهب المختار عند احدثين قبول الزيادة وان كان الاكثر لم يوردها الا في زيادة تفرد بها بعض الرواة الحاضرين في مجلس واحد ومنهم من لا يغفل عن مثلها فانها صرودودة على ما كتبناه في تحرير الاصول وما نحن فيه لم يثبت انه زيادة لما في مجلس واحد اجتماعه وافيه فسمع هذا ما لم يسمع المشار كون له في ذلك المجلس بالسمع فما لم يظهر أن الحال كذلك فالاصل انه قاله في مجالس ذكر في بعضها ما ذكره في آخر والله الموفق لكن يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة أينقص الرطب اذا جف عرا عن الفائدة اذا كان النهي عنه نسيئة وما ذكره ان فائدته أن الرطب ينقص الى أن يحل الاجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة للقيم باعتبار نقصان عند الجفاف فننعه على طريق الاشفاق مبني على ان السائل كان ولي يتيم ولادليل عليه (قوله وكذا العنب بالزبيب يعني على الخلاف) عند أبي حنيفة يجوز مع التساوي كباو عند حماد لا يجوز وقوله (والوجه ما بيناه) لهما يعني في منع بيع الرطب بالتمر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أئمة اذا جف باعتبار اشتماله على العلة المنبهة عليها ولا يوجب حنيفة ان الزبيب امامن جنس العنب فيجوز متساويا أو لا فيجوز مطلقا ونقل القدوري في المقرئ عن أبي جعفر ان جواز بيع الزبيب بالعنب قولهم جميعا وذكر أبو الحسن أن عندهما لا يجوز الا على الاعتبار فقال المصنف

(وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالخطئة المقلية بغيرها) وهذه الرواية تقوى قول من قال الحجة انما تتم باطلاق اسم التمر عليه فان النص لما ورد باطلاق اسم التمر على (٢٩٤) الرطب جعل انواعا واحدا جازا البيع مثلا بمنزل ولم يرد باطلاق اسم الغن

وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالخطئة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كذا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الخطئة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة أو التمر أو الزبيب المنقوع بالمنقوع منها متماثلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله وقال محمد رجه الله لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في أعدل الاحوال وهو المال وأبو حنيفة رجه الله يعتبره في الحال وكذا أبو يوسف رجه الله عملا باطلاق الحديث الا أنه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه لهما ووجه الفرق محمد رجه الله بين هذه الفصول

على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنعى المفسد كما في المقلية بغيرها والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا أى من حيث الكيل عندنا خلافا للشافعى رجه الله لانه وبوى يتفاوت في أعدل الاحوال أعنى عند الجفاف فلا يجوز كخطئة بالدقيق ولنا أنه بيع التمر بالتمر متساويا فكان جائزا وكذلك بيع الخطئة الرطبة بالخطئة الرطبة أو الخطئة المبلولة بالمبلولة أو الخطئة الرطبة باليابسة أو التمر المنقوع بالمنقوع أو الزبيب المنقوع بالمنقوع من أنقوع اذا التقي في الخابية ليتدل وتخرج منه الحلاوة جائز عن أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز في جميع ذلك هو يعتبر المساواة في أعدل الاحوال وهو حال الجفاف ومفرعه حديث سعد وأبو حنيفة يعتبرها في الحال عملا باطلاق المشهور وكذلك أبو يوسف الا أنه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد رضى الله عنه واحتج محمد الى

(وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالخطئة المقلية بغير المقلية) فانه لا يجوز البيع لان القلي كائن بصنع العباد فتعذر اللطافة التي كانت الخطئة مأمثلة بخلاف التفاوت الحاصل بأصل الخلقة كالرطب مع التمر والغن مع الزبيب لا يعتبر فهذه الاصل فصا في بيع الغن بالزبيب أربع روايات لا يجوز اتفاقا يجوز اتفاقا وهي رواية أبي جعفر على الخلاف وهي رواية الكتاب يجوز عنده وعندهما لا يجوز الا على الاعتبار لان الزبيب موجود في الغن فصا كالزيت بالزيتون والفرق لابي حنيفة على رواية المنع بين الغن بالزبيب وجواز الرطب بالتمر ان الاستعمال ورد باطلاق اسم التمر على الرطب ولم يرد مثل هذا في الزبيب فافترقا (وأما الرطب بالرطب فيجوز متماثلا كيلا) وكذا الغن بالغن يجوز (عندنا) وبه قال مالك وأحمد والمزني خلافا للشافعى وكذا الخلاف في كل غمرة لها حال جفاف كالتمين والشمش والجوز والكثير والمان والاجاص لا يميز بيع رطبه برطبه كما لا يميز بيع رطبه بياسته لانه لا يعرف قدر النقصان اذ قد يكون نقصان أحدهما أكثر من الآخر وكذا الخلاف في الباقلاء الاخضر بماله لان بين الباقلاءتين فضاء يتفاوت فيمنع تعديل الكيل فكان كبيع الخطئة المقلية بغير المقلية وبيع الخطئة المبلولة بالمبلولة والرطبة بالرطبة أو المبلولة باليابسة يجوز وكذا بيع التمر المنقوع والزبيب المنقوع باليابس من ساعته يجوز عن أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا للمحمد في الفصول كلها من بيع الخطئة المبلولة الى هنا والمنقوع اسم مفعول من أنقع الزبيب في الخابية فهو منقوع وأصله ان محمد اعتبر المساواة في أعدل الاحوال وهو المال كما أشار اليه حديث سعد وذلك منتف في المبلولة والرطبة مع مثلها أو باليابسة أمامع اليابسة فظاهر وأما المبلولة مع المبلولة فالتفاوت يقع في قدر البذل قال الحلواني الرواية محفوظة عن محمد أن بيع الخطئة المبلولة باليابسة انما لا يجوز اذا انتفخت أما اذا بليت من ساعته يجوز بيعها باليابسة اذا تساوى كذا أبو حنيفة وأبو يوسف يعتبران المساواة بتأويل التساوى في الحال (عملا باطلاق الحديث) أى حديث عبادة بن الصامت وغيره (الا أن أبا يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه) من حديث سعد بن أبي وقاص وهو مخصوص من انقياس فلا يلحق به الا ما كان في معناه والخطئة الرطبة ليست في معنى الرطب من كل وجه والرطوبة في الرطب مقصودة وفي الخطئة عيب وفي المبسوط ذكر في بعض النسخ قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو قوله الآخر وقوله الاول كقول محمد وقد تنقض ما تقدم من الاصل وهو ان التفاوت بصنع العباد معتبر في المنع وما بدأصل الخلقة لا بالخطئة المبلولة فان الرطوبة الحاصلة فيها بصنع العباد وبها يحصل التفاوت مع انه جاز العقد أجيب بأن الخطئة في أصل الخلقة رطبة وهي مال الربا ذاك والبل بالماء يعيدها الى ما هو أصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف القلي (وبوجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول) من

الفرق بين هذه الفصول يعني بيع الخطئة الرطبة والمبلولة الى آخرها

بيع

(قوله وهذه الرواية تقوى قول من قال الخ) أقول فيه بحث فان تقويتها انما هي لاعتبار التفاوت الصنعى اذ بذلك لا يمكن الوقوف على المساواة سواء أطلق الاسم أو لا بعد أن يكون من جنسه



وبين بيع الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواة فيها في أعذب الأحوال وفيه في الحال ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وحاصله أن التفاوت إذا ظهر مع بقاء البدلين أو أحدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو منفسد لكونه في المعقود عليه وإذا ظهر بعد زوال الاسم الذي عقد عليه العقد عن البدلين فليس بمفسد إذا لم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يكون معتبراً (ولقائل أن يقول هذا انما يستقيم إذا كان العقد وأراد على البدلين بالتسمية وأما إذا كان بالإشارة إلى المعقود عليه فلا لأن المعقود عليه هو الذات المشار إليها وهي لا تبدل قال (ولو باع البسر بالتمر الخ) بيع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لأنه غير لما يشاء (٢٩٥) أن التمر اسم لثمرة النخل من أول ما تنعقد صورته وبيعه به

وبين الرطب بالرطب أن التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك فيكون تفاوتاً في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لأن البسر غير بخلاف الكفري حيث يجوز بيعه بما يشاء من التمر اثنان واحد لأنه ليس بتمر فإن هذا الاسم له من أول ما تنعقد صورته لا قبله والكفري عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسبة لا يجوز للجهالة قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيت بأية الثخيرة)

بيع الخنطة الرطبة إلى هنا حيث منعه (وبين الرطب بالرطب) حيث أجازته وكذلك بين العنب بالعنب فإنه يجوز وحاصله (أن التفاوت) أن يظهر مع بقاء الاسم على البدلين أو أحدهما فسد العقد وإن ظهر بعد زوال الاسم عنه ما لا يفسد في الرطب بالرطب والعنب بالعنب يظهر التفاوت بعد خروج البدلين عن الاسم الذي عقد عليه العقد فإن الاسم حينئذ التمر والزيت فلا يكون تفاوتاً في المعقود عليه وفي الخنطة المبولة وما في معناه لا يتغير فيظهر في نفس المعقود عليه فيمتنع (ولو باع البسر بالتمر) متساوياً يجوز (ومتفاضلاً لا يجوز لأن البسر غير بخلاف الكفري) وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصوراً كم النخل وهو أول ما ينشئ (حيث يجوز بيعه بما يشاء من التمر) أي كسلا من التمر بكيلين من الكفري وقلبه لأنه ليس بتمر (لأن) الكفري لم ينعد بعد في صورة التمر (وهذا الاسم) أعنى التمر (من أول ما تنعقد صورته لا قبله) وبهذا استدلل بعضهم لابي حنيفة في بيع الرطب بالتمر فورده عليه أنه لو حلف لا يأكل تمر فأكل رطباً لا يحنث فسكان غيره فأجاب بالمنع بل يحنث وليس بصحيح بل المسئلة مسطورة في الكتب المذهبية المشهورة بأنه لا يحنث وكذا ادعى أنه يحنث فيما إذا حلف لا يأكل تمر فأكل بسراً ولم يكن به حاجة إلى هذا الذي كفيه أن الإيمان مبنية على العرف وكلامنا فيه لغة وهم بعد ذلك مطالبون بتصحيح أن اسم التمر يلزم الخارج من حين ينعد إلى أن يطيب ثم يحذف من اللغة ولا ينكر صحة الإطلاق باعتبار مجاز الأول وقوله (والكفري عددي متفاوت إلى آخره) جواب سؤال هو أنه إذا لم يكن الكفري تمرًا ينبغي أن يجوز إسلام التمر فيه وشراء التمر به نسبة فقال الكفري عددي متفاوت بالكبير والصغير فتفاوتاً غير مهم - در فلا يجوز إسلامه فيه ولأن يشتري به نسبة للجهالة فتقع المنازعة (قوله) ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيتون والشيرج معاً ما أنه (أكثر مما في الزيتون والسمسم) فلو جهل أو علم أنه أقل أو مساو لا يجوز فالاحتمالات أربع والجواز في أحدها بأنه إذا كان أكثر كان الخارج منه بمنزلة من الدهن المفرد (والرائد) منه (بمقابلة) (الثخيرة) وفي فتاوى قاضيخان رجه الله انما يشترط أن يكون الخالص

ما تنعقد صورته وبيعه به متساوياً من حيث الكيل يبدأ بجائز بالإجماع وبيع الكفري بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء وهو كم النخل سمي به لأنه يستمر في جوفه بالتمر جائز متساوياً ومتفاضلاً يبدأ بدلان الكفري ليس بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة (قوله) والكفري عددي متفاوت) قيل هو جواب سؤال تقريره لو لم يكن تمرًا لجاز إسلام التمر في الكفري لكنه لم يجوز وتقرير الجواب أنه عددي متفاوت بالصغير والكبير وتفاوت أحاده في المسألة فلا يجوز إسلام فيه للجهالة قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت الخ) الزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن الأبيض ويقال للعصير قبل أن يتغير شيرج وهو تهر يب شيره والمراد به هنا ما يتخذ من السمسم وأعلم أن المجانسة بين الشبثين تكون تارة باعتبار العين وأخرى باعتبار

ما في الضمن ولا يعتبر الثاني مع وجود الأول وله - إذا جاز بيع قفيز خنطة علكة بفقير مرسوسة من غير اعتبار ما في الضمن وإذا لم يوجد الأول يعتبر الثاني وله - إذا لم يجوز بيع الخنطة بالذقيق والزيت مع الزيتون من هذا النوع فإذا بيع أحدهما بالآخر فلا يخلو إما أن تعلم كية ما يستخرج من الزيتون أو لا والثاني لا يجوز لتوهم الفضل الذي هو كالحق في هذا الباب

(قوله ولقائل أن يقول هذا انما يستقيم الخ) أقول والآن نقول المراد بالضمير الرجوع إلى الاسم في قوله عقد عليه هو معنى المسمى بطريق الاستخدام أو يقال المضاف مقدر أي مسماه بقرينة جعله معقوداً عليه انظر أن ما عقد عليه العقد هو المسمى حقيقة لا الاسم فاندفع الاشكال

والاول اما أن يكون المنفصل أكثر أو لا والثاني لا يجوز لتحقيق الفضل وهو بعض الزيت والخير ان نقص المنفصل عن المستخرج من الزيت والخير وحده أي ساوا على تقدير أن يكون الخير ذاقية. وأما إذا لم يكن كافي الزبد بعد استخراج السمن إذا كان السمن الخالص مثل ما في الزيت من السمن فإنه يجوز (٢٩٦) وهو المروي عن أبي حنيفة والاول جائز لوجود المنقضي وانقضاء المانع والشريح

لان عند ذلك يعرى عن الزباد ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان أكثر أو مساوياً له فالخير وبعض الدهن أو الخير وحده فضل ولزم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدنه والابن بسنده والعنب بعصيره والخير بدنه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع

أكثر إذا كان الثقل في البذل الآخر شيئاً له قيمة أما إذا كان لا قيمة له كافي الزبد بعد استخراج السمن منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرد يروى ذلك عن أبي حنيفة وقال زفر بن يحيى رجع عدم العلم لانه متردد بين الفساد والصحة فلا يثبت الفساد بالشك والاصل الصحة وقتلنا الفساد غالب لانه على تقدير ان ينقصان والمساواة والصحة على تقدير الاكثرية فكان هو الظاهر فوجب الحكم به وعند الشافعي لا يجوز هذا البيع أصلاً لعدم العلم بالتفاضل وقت العقد واعلم أن المحاسة تكون باعتبار ما في ضمن فتمنع النسبة كافي الجحاسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشريح مع السهم وتتلف باعتبار ما أضيفت اليه فيختلف الجنس مع اتحاد الاصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت أو الشريح فصار جنسين باختلاف ما أضيف اليه من الورد والبنفسج نظر الى اختلاف المقصود والغرض ولم يبال باتحاد الاصل وعلى هذا دهن الزهر في ديارنا ودهن البان أصلهما اللوز يطبق بالزهر وبالاختلاف مدة ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع أحد الدهنين بالآخر متفاضلاً وعلى هذا قالوا لوضم الى الاصل ما طيب به دون الآخر جاز متفاضلاً حتى أجازوا بيع قفيز سمس مطيب بقفيز بن غير مطيب وعلى هذا يجوز بيع رطل لوز مطبق برطل لوز غير مطبق وكذا يجوز بيع رطل دهن لوز مطبق برطل الزعفران برطل دهن اللوز الخالص وكذا رطل زيت مطيب برطل زيت لم يطيب فجمعوا الرائحة التي فيها بازاا الزيادة على الرطل خلافاً للشافعي فإنه لا يجوز الدهن المطيب وغيره لامتثال غسل وأورد أنه ينبغي أن يجوز بيع السمس بدنه بأي وجه كان لان الدهن وزني والسمس كيلي أوجب بأنه لما كان المقصود من السمس ما في ضمنه من الدهن كان بيع الجنس بالجنس فان قيل فيجوز بيع السمس بالسمس متفاضلاً صرفاً لكل من دهنه وخيره الى خلاف جنسه أوجب بأن الصرف يكون عند الانفصال صورة بمسألة الاكرار ولا صورة هنا منفصلة وقوله (والجوز بدنه والابن بسنده والعنب بعصيره والخير بدنه على هذا الاعتبار) يعني ان كان الدهن المفرد والسمن واللبس أكثر مما يخرج من الجوز والابن والخير جاز وقد علمت تقييده بما إذا كان الثقل له قيمة وأظن ان لا قيمة للثقل الجوز الا أن يكون بيع بقشره فيوقد وكذا العنب لا قيمة لثقله فلا تشترط زيادة العصير على ما يخرج والله أعلم (واختلفوا في القطن بغزله) فبعضهم لا يجوز زمتساوياً لان القطن ينقص بالغزل فهو كالحنطة مع الدقيق وقال بعضهم يجوز وفي فتاوى قاضيخان لا يجوز الاتساوياً لان أصله ما واحد وكلاهما موزون وان خر جازاً أحدهما عن الوزن جاز متفاضلاً وبيع الغزل بالثوب جائز على كل حال وقال المنصف بالاجماع وعن محمد أن بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلاً وعنه أنه لا يجوز زمتسواً وهكذا عن أبي حنيفة أيضاً ثم ذكر

بالسهم والجوز بدنه والابن بسنده والعنب بعصيره والخير بدنه على هذا الاعتبار ولقائل أن يقول مثلاً السمس يشتمل على الشريح والخير فاما أن يكون المجموع منظوراً اليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشريح بالسهم مطلة الان الشريح وزني والسمس كيلي أو من حيث الافرار فيجوز بيع السمس بالسهم متفاضلاً صرفاً لكل واحد من الدهن والخير الى خلاف جنسه كما اذا باع كتر حنطة وكتر شعير مثلاً اكرار حنطة وكتر شعير أو يكون أحدهما إما الدهن أو الخير منظوراً اليه فقط والثاني منتف عادة والاول يوجب أن لا يقابل الخير بشيء من الدهن وليس كذلك والجواب أن المنظور اليه هو المجموع من حيث الافراد ولا يلزم جواز بيع السمس بالسهم متفاضلاً قوله صرفاً لكل واحد من الدهن والخير الى خلاف جنسه قلنا ذلك اذا كانا منفصلين خلقه كافي مسألة الاكرار

أظهر كمال الجنسية حينئذ والدهن والخير ليسا كذلك واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساوياً فبعضهم لا يجوز لان القطن ينقص بالغزل فهو نظير الحنطة بالدقيق وقيل يجوز لان أصلهما واحد فكلاهما موزون وان خر جازاً أحدهما من الوزن لا بأس ببيع واحد باثنين كذا في فتاوى قاضيخان وبيع الغزل بالثوب جائز والكرباس بالقطن جائز كيفما كان بالاجماع وهذا يخالف ما روى عن محمد أن بيع القطن بالثوب لا يجوز مطلقاً

(قال ويجوز بيع اللحم الخ) كل ما يكل به نصاب الاخر من الحيوان في الزكاة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقرة والجواميس متفاضلا وعنه أنه لا يجوز والعرب والبخاري والمعرز والضأن فلا يجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا وكل ما لا يكمل به نصاب الاخر فهو يوصف بالاختلاف كالبقرة والغنم فيجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا وكذلك الالبان وعن الشافعي رحمه الله أن المقصود من اللحم شيء واحد وهو التغذي والتقوى فكان الجنس متحدا ولنا أنهم افروغ أصول مختلفة لما ذكرنا واختلاف الاصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة كالدهان وما ذكر من الاتحاد في التغذي فذلك اعتبار المعنى العام كالطعم في المطعومات والتفكه في القواكه والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص ولا يشك بالطيور فان بيع لحم بعضها ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لان ذلك باعتبار انه لا يوزن عادة فليس يوزن ولا يكيل فلم يتناولوا القدر الثمري (٣٩٧) وفي مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا (قوله اذا لم

تتبدل بالصنعة) قيل مراده ان اتحاد الاصول يوجب اتحاد الفروع والاجزاء اذا لم تتبدل بالصنعة فاذا تبدلت الاجزاء بالصنعة تكون مختلفة وان كان الاصل متحدا كالهروى والمروى وفيه نظر لان كلامه في اختلاف الاصول لافي اتحادها فكأنه يقول اختلاف الاصول يوجب اختلاف الاجزاء اذا لم تتبدل بالصنعة وأما اذا تبدلت فلا توجه وانما يوجب الاتحادان الصنعة كما تؤثر في تغير الاجناس مع اتحاد الاصل كالهروى مع المروى مع اتحادهما في الاصل وهو القطن كذلك تؤثر في اتحادهما مع اختلاف الاصل كالدرهم المغشوشة المختلفة الغش

قال (ويجوز بيع اللحم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ومراده لحم الابل والبقرة والغنم فأما البقرة والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضأن وكذا العرب مع البخاري قال (وكذلك ابلان البقرة والغنم) وعن الشافعي رحمه الله لا يجوز زلنا جنس واحد للاتحاد المقصود ولنا أن الاصول مختلفة حتى لا يكل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة فكذا أجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة قال (وكذا دخل الدقل بخل العنب) للاختلاف بين أصلهم ما فكذا بين ما عيها ما ولهذا كان عصيراهما جنسين

أنه لا بأس ببيع الخلو ج بالقطن والغزل بالقطن اذا كان يعلم أن الخالص أكثر مما في الآخر وهذا في الخلو ج مع القطن ظاهر لان الفاضل بازا محب القطن وهو مما ينتفع به وقد يعلف لبعض الدواب وأما في الغزل فكأنه ليكون الفاضل من القطن المفرد بازا صنعة الغزل فتقل الاجماع انما هو باعتبار الاقوال المعول عليها دون الروايات (قوله ويجوز بيع اللحم) جمع لحم (المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ومراده لحم الابل والبقرة والغنم لانها أجناس مختلفة لاختلاف أصولها ولم يحدث في الجنس الواحد منها زيادة تصيره جنسين (فأما البقرة والجواميس) (جنس واحد) لا يجوز بيع لحم البقرة بلحم الجواميس متفاضلا (وكذا المعز مع الضأن والعرب مع البخاري) لا يجوز بيع شيء مع الآخر متفاضلا لاتحاد الجنس وانما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان مثلا والعصافير متفاضلا لانه ليس مال الربا لا يوزن لحم الطير ولا يكل وينبغي أن يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز لانه يوزن في عادة ديار مصر يعظمه وقوله ومراده الى آخره يحترز به عن قول مالك فان عنده اللحوم كلها ثلاثة أجناس الطيور وخنس والدواب أهليها وحشيم اجنس واحد والبحريات (وكذا البان البقرة والغنم) يجوز متفاضلا لما ذكرنا من اختلاف الجنس باختلاف الاصلين (وعن الشافعي أن اللحوم والالبان جنس واحد للاتحاد المقصود) من الكل وهو التغذي وهذا قول الشافعي غير المختار والصحيح من قوله أنه مثل قولنا ثم دفع هذا القول بأن أصولها (مختلفة) الاجناس (فكذا أجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة) فانها حينئذ تعد أجناسا ولهذا جاز بيع الخبز بالدقيق والسويق متفاضلا (وكذا دخل الدقل بخل العنب) متفاضلا وكذا عصيرهما (لاختلاف أصلهما) جنسا وتخصيص الدقل وهو ردي التمر باعتبار العادة لان الدقل هو الذي كان في العادة يتخذ خلا

(٣٨ - فتح القدير خامس) مثل الحديد والرصاص اذا كانت الفضة غالبية فانها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الاصول قال (وكذا دخل الدقل بخل العنب الخ) الدقل هو أردأ التمرو يبيع خله بخل العنب متفاضلا جائز يدا بدو وكذا حكم سائر التمور ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا أخرج الكلام على مجرى العادة وانما جاز التفاضل للاختلاف بين أصلهم ما ولهذا كان عصيراهما يعني الدقل والعنب جنسين بالاجماع

(قوله لان ذلك باعتبار انه لا يوزن عادة) أقول وينبغي ان يستثنى منه لحم الدجاجة فانه يوزن في أكثر البلاد قال المصنف (فكذا أجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة) أقول ولعل المعنى وكذا تختلف أجزاها تلك الاصول بحسب اختلاف الاصول لاتحادها معها اذا لم تتبدل بالصنعة فان تلك الاجزاء اذا تبدلت بالصنعة زال الاتحاد مع أصلها فلا يكون اختلافها لاختلاف أصولها بل الصنعة كالخز والناوء والقرفة مة على ما بين فليست بدبر (قوله قيل مراده) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله فكأنه يقول اختلاف الاصول الخ) أقول مأخوذ من الجبازية

(وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد) فبما ربيح أحد شعبا بالآخر متماثلا وهذا يشير إلى أن اختلاف المقصود كالتبديل بالصناعة في تغيير الأجزاء مع اتحاد الأصل فإن المقصود والمقصود فاختلافه بوجوب التغيير واختلاف المقصود دفع مظاهر فإن الشعر يتخذ منه الجبال البنية والصوف والصوف يتخذ منه البقر والبقرة لا يقال لاختلاف الجنس باختلاف المقصود لما يربح بين البقرة وبين الغنم متماثلا لأن المقصود منهما متماثل فكان الجنس متحد إلا أن لا نعلم ذلك فإن ابن البقرة قد يضر حين لا يضر لبن الغنم فلا يتعدا المقصود إليهما والاولى أن يقال فلما ان اختلاف المقصود قد يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد الاصول ولم نقل اتحاد المقصود بوجوب الاتحاد عند اختلاف الاصول لأن بوجوب اختلاف الاصول اختلاف الأجزاء والفروع إلا عند التبديل بالصناعة وإن بوجوب اتحاد الاصول الاتحاد (٢٩٨) الفروع إلا عند التبديل بالصناعة أو اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر عليه

نقص ومن هذا يتبين أنه مانع راجع فدل على بطلان اتحاد الأصل ويسقط ما قيل شعر المعز وصوف الغنم بالنظر إلى الأصل جنس واحد بالنظر إلى المقصود جنسان فينبغي أن لا يميز التفاضل بينهما في البيع ترجيحاً لجانِب الحرمة لأن المقصود راجع قال (وكذا شحم البطن باللية أو باللحم) لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً حاشياً قال (ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلاً) لأن الخبز صار عددياً أو موزوناً فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجهه والحنطة مكيلة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يخبر فيه والقوى على الأول وهذا إذا كانا قديراً فإن كانت الحنطة نسيئة جازاً أيضاً وإن كان الخبز نسيئاً يجوز عند أبي يوسف رحمه الله

(د) أما شعر المعز وصوف الغنم (جنسان لاختلاف المقاصد) بخلاف لحمهما ولبنهما ما جعل جنساً واحداً ذكرنا لاتحاد الجنس مع عدم الاختلاف فإن ما يقصد بالشعر من الآلات غير ما يقصد بالصوف فنصار ما يوجب اختلاف الأمور المتفرعة ثلاثة أشياء اختلاف الاصول واختلاف المقاصد وزيادة الصنعة فإن قيل بالنظر إلى اتحاد الأصل في الصوف والشعر لا يجوز بيعهما متفاضلاً وزناً والنظر إلى المقاصد اختلاف فيجوز متفاضلاً فينبغي أن لا يجوز متفاضلاً تغليباً للحرمة فالجواب أن ذلك عند تعارض دليلهما وتساويهما فيرجح المحرم وهذا ليس كذلك فإنه لا يقاوم الصورة المعنى والزعم على تغليب جانب المعنى كون ألبان البقرة والغنم جنساً واحداً لاتحاد المقصود وأجيب بمنع اتحادهما فإن ابن البقرة يقصد اللحم ولبن الأبل لا يتأتى منه ذلك وكذا أعراض الآكل تتفاوت فإن بعض الناس لا يطيب له البقرة ويتضرر به دون الضأن وكذا في الأبل ومن الاختلاف بالصنعة ما قد من جواز بيع أناء صفر أو حديد أحدهما أثقل من الآخر وكذا القيمة بقمه قمتين وبرة بارتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شيء من ذلك من أحد القديين فيجتمع التفاضل وإن اصطالحوا بعد الصياغة على تزلز الوزن والاقتصار على العدد والصورة (ويجوز بيع شحم البطن باللية أو باللحم) واللحم باللية متفاضلاً (لأنها أجناس لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً حاشياً) وأما شحم الجنب ونحوه فتابع اللحم وهو مع شحم البطن واللية جنسان وكل ذلك لا يجوز نسيئاً لأن الوزن يجهههما وأما الرأس والأكارع والجلود فيجوز يدايد كيفما كان لأن نسيئاً لأنه لم يضبط بالوصف حتى إن السلم فيه لا يجوز (قوله) ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلاً يدايد قليل وهو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة (لأن الخبز صار) أما (عددياً) في عرف (أوموزوناً) في عرف آخر (فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجهه والحنطة مكيلة) فبفرض كون الجنس نسبة جمعتهما اختلاف القدر فجاء التفاضل والدقيق إما كيلي فكذلك أو وزني على ما عليه عرف بلادنا ومن يجعله وزنياً لم يثبت الجنسية بينهما

نقص ومن هذا يتبين أنه مانع راجع فدل على بطلان اتحاد الأصل ويسقط ما قيل شعر المعز وصوف الغنم بالنظر إلى الأصل جنس واحد بالنظر إلى المقصود جنسان فينبغي أن لا يميز التفاضل بينهما في البيع ترجيحاً لجانِب الحرمة لأن المقصود راجع قال (وكذا شحم البطن باللية أو باللحم) لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً حاشياً أما اختلاف الصور فلا ن الصحة ما يحصل منه في الذن عند تصوره ولا شك في ذلك عند تصور هذه الأشياء وأما اختلاف المعاني فلا ن ما يفهم منه عند إطلاق اللفظ وهما مختلفان لا محالة وأما اختلاف المنافع فكافالة الطب قال (ويجوز بيع

الخبز بالحنطة) بيع الخبز بالحنطة والدقيق إما أن يكون حال كونه مانقدين أو حال كونه أحدهما نقداً والآخر نسيئاً فإن كان الأول جازاً لانه صار عددياً أو موزوناً فخرج عن كونه مكيلاً من كل وجهه والحنطة مكيلة فاختلف الجنس وان جاز التفاضل

(قوله لا يقال لاختلاف الجنس الخ) أقول يعني إذا غلب جانب المقصود على جانب الأصل حتى غدا المختلفان مقصوداً مع اتحاد أصلهما جنسين مختلفين ينبغي أن يعد المختلفان فيه متحدين في الجنس إذا اتحد المقصود منهما بناء على ذلك التغليب فلا يجوز بيع لبن البقرة بين الغنم متفاضلاً وإذا كان مراد القائل ما سمعت فلا يندفع ذلك بما ذكره الشارح في حيزه والاولى كما لا يخفى بل لا بد من بيان الفرق (قوله) فلا ن الصورة ما يحصل منه في الذهن الخ) أقول فعل هذا يكون ذكر المعاني مستغنى عنه لعموم الصور لها والظاهر أن المراد بالصور الأشكال

(وعليه الفترى) وروى عن أبي حنيفة أنه لا يخير فيه أى لا يجوز والتركيب للبالغ في النبي لأنه نكرة في سياق النفي فتعم نفي جميع جهات الخبز وإن كان الثاني فلا يخير إما أن تكون الحنطة والذقيق نسبة أو الخبز فان كان الأول جاز لأنه أسلم موزن في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره وإن كان الثاني جاز عند أبي يوسف رحمه الله لأنه أسلم في موزن ولا يجوز عندهما المأخذ كقول المصنف (والفترى على قول أبي يوسف) وهذا يغنى عن قوله وكذا السلم في الخبز جاز في الصحيح يعني قول أبي يوسف وإنما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي لا يصير استبدالاً بالسلم فيه قبل القبض ولا خيراً في استقراره عند أبي حنيفة عدداً أو وزناً لأنه يتفاوت بالخبز من حيث الطول والعرض والغلظ والرقه وبالخبز باعتبار حذقه وعدمه وبالتنوير في كونه جديداً فيجب خبزه جيداً أو عتيقاً فيكون بخلافه وبالتقدم والتأخر فانه في أول التنوير (٣٩٩) لا يجبي مثل ما في آخره وهذا هو المانع عن جواز السلم عندهما

وعند محمد يجوز استقراره عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يتفاوت بالخبز والخبز والنور والتقدم والتأخر وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز وزناً ولا يجوز عدداً للتفاوت في أحاده قال (ولاربا بين المولى وعبده) لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا هو دين

وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جاز في الصحيح ولا خيراً في استقراره عدداً أو وزناً عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يتفاوت بالخبز والخبز والنور والتقدم والتأخر وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز وزناً ولا يجوز عدداً للتفاوت في أحاده قال (ولاربا بين المولى وعبده) لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا هو دين

وبين الخبز فيجوز التفاضل أيضاً وروى عن أبي حنيفة أنه لا يخير فيه وهذه العبارة لنفي الجواز بطريق التأكيد للضرورة في النفي وبهذا القول حال الشافعي وأحمد شبهة المجانسة إذ في الخبز أجزاء الذقيق أو أن الذقيق بعرض أن يصير خبزاً فيشترط المساواة ولا يدري ذلك (والفتوى على الأول) وهو الجواز وهو اختيار المتأخرين عدداً أو وزناً كيفما اصطالحوا عليه (وهذا إذا كانا قدين) فاما بينهما نسبية (فإن كانت الحنطة نسبة) أو الذقيق بأن أسلم الخبز فيه ما قد فعد نقداً (جازاً أيضاً وإن كان الخبز) نسبة بأن أسلم حنطة أو ذقيقاً في خبز لم يجز عند أبي حنيفة لأنه لا يوقف على حذقه فانه يتفاوت في الصنعة عموماً وخزاً وكذا عند محمد لأنه عددي عنده ويكون منه الثقيل والخفيف (ويجوز عند أبي يوسف لأنه وزني) أو يجوز بشرط الوزن إن كان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن وصفات مضبوط نوعها وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والتار بهدر واختاره المشايخ للفتوى إذا أتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي حتى لا يصير استبدالاً بالسلم فيه قبل قبضه إذا قبض متجاوزاً ما هو دون ما سمي صنعة وإذا كان كذلك فالاحتياط في منعه لأنه قل أن يقع الاختار من النوع المسمى خصوصاً فيمن يقبض المسلم فيه في أيام متعددة كل يوم كذا كذا رغي فاقبل أن لا يصير مستقبلاً (ولا خيراً في استقراره عند أبي حنيفة عدداً أو وزناً لأنه يتفاوت بالخبز والخبز والنور) باعتبار كونه جديداً أو عتيقاً (والتقديم) في التنوير (والتأخير) عنه ويتفاوت جودة خبزه بذلك وإذا منع أبو حنيفة السلم فيه وباب السلم أوسع حتى جاز في الثياب ولا يجوز استقراره ولا استقراره أمتع (وعند محمد رحمه الله يجوز بهما) أى عدداً أو وزناً (للتعامل) بين الجيران بذلك والحاجة قد تدعو إلى ذلك بين الجيران (وعند أبي يوسف يجوز وزناً لا عدداً للتفاوت في أحاده) ومحمد يقول قد أهدر الجيران تفاوته وبينهم يكون اقتراسه غالباً والقياس بترك التعامل وجعل المتأخر من الفتوى على قول أبي يوسف وأنا أرى أن قول محمد أحسن (قوله ولاربا بين المولى وعبده) أى المأذون غير المديون (لأنه وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربا)

قال المصنف (ولاربا بين المولى وعبده الخ) أقول قال العلامة الكاكي وفي المبسوط فلو كان على العبد دين فليس بينهما ربا أيضاً ولكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لأن كسبه مشغول بحق غرمائه

فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو أخذه لا يبيحه العقد سواء اشتري منه درهماً بدرهماً أو لالان ما أعطى ليس بعوض سواء قل أو كثر فعليه رد ما قبض على الغرماء وكذا أم الولد والمديون لأن كسبه مال بخلاف المكاتب لأن المكاتب صار كالحر يد أو تصرفاً في كسبه فيجوز الربا بينه وبين مولاه كما يجزى بينه وبين غيره انتهى وفيه إشارة إلى أنه لا ربا بين المولى وعبده إذا كان على العبد دين وما ذكره في الكتاب يدل على جريان الربا بينهما إذا كان عليه دين ولعل ما في المبسوط على مذهب الأئمة فإن المولى يملك كسب المديون عندهما كما يجزى في المأذون (قوله لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع) أقول أى مع عدم تعلق أحدهما بآخره وإنما قد تأيد ذلك لا يرد على التفريق اشكال بأن مجرد الملكية لا يبيح البيع ألا يرى إلى ما استدل به أبو يوسف ومحمد على تحقق الربا بينهما إذا كان العبد مديوناً فليتأمل (قوله فعدم تحقق الربا) أقول تأمل في صحة هذا التفريق فإنه يلزم منه المصادرة (قوله بعدم وجود البيع بحقيقته الخ) أقول أى صورته وظاهراً



(فإذا كان عليه دين يتحقق الربا لان ما في يده ليس ملكا مولاه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما) وان كان ملكه لكن لما تعلق به حق الغرماء صار كالاجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه قال (ولاباين المسلم والحربي في دار الحرب) لارباين المسلم والحربي في دار الحرب عند (٣٠٠)

فان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملكا المولى عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال (ولاباين المسلم والحربي في دار الحرب) خلافا لابي يوسف والشافعي رحمه الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فأي طريق أخذ المسلم أخذ ما لا مباحا اذ لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان

لعدم تحقق البيع وكذا المديروا أم الزاد (فان كان عليه دين لا يجوز) أي البيع بطريق الربا (أما عند أبي حنيفة) فعدم ملكه لما في يده عبده المأذون المديون فهو أجنبي عنه فيتحقق الربا بينهما (وعندهما) ان لم يزل ملكه عما في يده لكن (تعلق بما) في يده (حق الغرماء فصار) المولى (كالاجنبي) عنه (فيتحقق الربا) بينهما (كما يتحقق بينه وبين مكاتبه) وفي المبسوط ذكر أنه لا يتحقق الربا بينهما مطلقا ولكن على المولى أن يرد ما أخذ على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كالأخذ لوجه البيع سواء كان اشترى منه درهما بدرهمين أو لأجل خلاف المكاتب لانه صار كالخريد أو تصرفا في كسبه فيجوز الربا بينهما (قوله ولاباين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي) ومالك وأحمد وعلى هذا الخلاف الربا بين المسلم الأصلي والمسلم الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها فإباحة ما باع المسلم دخل اليهم مستأمن درهما بدرهمين حل وكذا إذا باع منهم ميتة أو خنزيرا أو قاهرهم وأخذ المال يحل كل ذلك عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف ومن ذكرنا (لهم) اطلاق النصوص فانهم لم يقيدها بالمنع بمكان دون مكان والقياس على المستأمن منهم في دارنا فان الربا يجري بين المسلم وبينه فكذا الداخل من اليهم بأمان ولا في حنيفة ومحمد ما روى أنه صلى الله عليه وسلم (قال لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب) وهذا الحديث غريب ونقل ما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ذلك قال الشافعي قال أبو يوسف انما قال أبو حنيفة هذا لان بعض الشيعة حدثنا عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ربا بين أهل الحرب أظنه قال وأهل الاسلام قال الشافعي وهذا الحديث ليس بثابت ولا جهة فيه أسنده عنه البيهقي قال في المبسوط هذا من مراسل مكحول ثقة والمرسل من مثله مقبول ولان أبا بكر قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى الم غلبت الروم الآية قالت له قريش ترون أن الروم تغلب قال نعم فقال هل لك أن تخاطرنا فاطرهم فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهب اليهم فزد في الخطر ففعل وغلبت الروم فأساقفا أخذوا بكر خطرهم فأجازهم النبي صلى الله عليه وسلم وهو القمار بعينه بين أبي بكر ومشرقي مكة وكانت مكة دار شرك (ولان مالهم مباح) واطلاق النصوص في مال محظور وانما يحرم على المسلم اذا كان بطريق الغدر (فأذا لم يأخذ غدر فأي طريق يأخذه حل) بعد كونه رضيا (بخلاف المستأمن منهم) عندنا (لان ماله صار محظورا بالامان) فإذا أخذ به غير الطريق المشروعة يكون غدرا وبخلاف الزنا ان قيس عليه السلام بالان البضع لا يستباح بالإباحة بل بالطريق الخاص أما المال فيباح بطيب النفس به وإباحته وهذا لا يفيد لمعارضه اطلاق النصوص الا بعد ثبوت حجية حديث مكحول وقد يقال لو سلم حجيته فالزيادة بخبر الواحد لا تجوز واثبات قيد رائد على المطلق من نحو

بالمستأمن من أهل الحرب في دارنا فانه اذا دخل الحرب دارنا بأمان وباع درهمين بدرهم فانه لا يجوز فكذا اذا دخل المسلم دار الحرب وفعل ذلك لا يجوز بجماع تحقق الفضل انداخي عن العوض المستحق بعقد البيع ولا في حنيفة ومحمد ما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ذكره محمد بن الحسن ولان مال أهل الحرب في دارهم مباح بالاباحة الأصلية والمسلم المستأمن انما منع من أخذه لعقد الامان حتى لا يلزم القدر فاذا بذل الحربى ماله برضاه زال المعنى الذي حظر لاجله (قوله بخلاف المستأمن) جواب عن قياس وتقريره أن المستأمن منهم في دارنا لا يحل لاحد أخذه لانه صار محظورا بعقد الامان ولهذا لا يحل تناوله بعد انقضاء المدة

(قوله صار كالاجنبي فيتحقق الربا) أقول أي شبهته إذ الشبهة كافية في المحرمات قال المصنف (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا ربا بين

المسلم والحربي في دار الحرب) أقول قال ابن العز قال في المغني هذا خبر مجهول لم يرو في صحيح ولا مسند ولا كتاب متوفى به وهو مع ذلك مرسل محتمل ويحتمل ان المراد بقوله لا ربا النبي عن الربا كقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج النبي وعلى تقدير صحة لا يصلح مقيدا للمطلقات مثل لا تأكل الربا اذ لا يرد بخبر الواحد على الكتاب قيل المزار من النصوص الربا في مال محظور وما لأهل الحرب غير محظور الا لعرض من الغدر فلي تأمل

باب الحقوق

قبل كان من حق مسائل هذا الباب ان تذكر في الفصل المتصل بأول كتاب البيع الآن المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير المرتب بما هو من مسائله وهناك هكذا وقع وكذا ههنا ولان الحقوق توابع فليق ذلك كرها بعد ذلك مسائل المتبوع قال (ومن اشترى منزلا ففوقه منزل) ذكر ثلاثة أسماء المنزل والبيت والدار فسرهم ليسين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج الى تصرف ما يدل على المرافق لدخولها وعدمه قال الدار اسم لما ادير عليه الحدود والبيت اسم لما يات فيه والمنزل بين البيت والدار لانه يتأني فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب واذا عرف هذا فن اشترى منزلا ففوقه منزل لا يدخل الاعلى في العقد الا ان يشترى به وبصرح بذلك كراحدى هذه العبارات الثلاث بان يقول بكل حق هوله أو بعرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه (ومن اشترى بيتا ففوقه بيت) وذكر كراحدى العبارات الثلاث (لم يدخل الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها) ولم يذكر شيئا من ذلك (دخل فيه العلو والكيف)

وهذا لان الدار لما كان

اسما لما ادير عليه الحدود

والعلو ليس بخارج عنها

وانما هو من توابع الاصل

واجزائه دخل فيه

والبيت اسم لما يات فيه

والعلو مثله فلا يدخل

فيه الا بالنقصين بد كره

والا لكان الشيء تابعا لثله

وهو لا يجوز ولا يشك

بالمستعير فان له ان يعير

فيما لا يختلف باختلاف

المستعمل والمكاتب فان

له ان يكتب لان المراد

بالتبعية ههنا ان يكون

اللفظ الموضوع لشيء يتبعه

ما هو موهبه له في الدخول

تحت الدلالة لانه ليس

بلفظ عام يتناول الافراد

باب الحقوق

(ومن اشترى منزلا ففوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشترى به بكل حق هوله أو بعرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه ومن اشترى بيتا ففوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكيف) جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينظم العلو لانه اسم لما ادير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تابعا لثله فلا يدخل فيه الا بالنقصين عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأني فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذا لا يكون فيه منزل الدواب فليشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعاعند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه

لانا كلوا الربا ونحوه هو الزيادة فلا يجوز زيودفع بالقطع بأن المطلقات مراد بعمليها المال المحظور بحق المالكه ومال الحرب ليس محظورا لا تنفي الغدر وهذا التقرير في التحقيق يقتضي أنه لو لم يرد خبر مكحول أجازة النظر المذكور أعني كون ماله مباحا لا لعرض لزوم الغدر الا انه لا يخفى أنه انما يقتضي حل مباشرة العقد اذا كانت الزيادة ينالها المسلم والربا أعمن من ذلك اذ يشمل ما اذا كان الدرهمان من جهة المسلم ومن جهة الكافر وجواب المسئلة بالحل عام في الوجهين وكذا القمار قد يرضى الى أن يكون مال الخاطر للكافر بأن يكون الغالب له فاذا ظهر أن الاباحة تفيد نيل المسلم الزيادة وقد التزم الاصحاب في الدرس أن مرادهم من حل الربا والقمار ما اذا حصلت الزيادة للمسلم نظر الى العلة وان كان اطلاق الجواب بخلافه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب الحقوق

محل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار (قوله ومن اشترى منزلا ففوقه منزل) حاصل ما ههنا أن

اذ فرض المسئلة في معلوم ولا من لوازمه وليس في الاعارة والكتابة ذلك فان لفظ المعير اعرتك لم يتناول عاربه المستعير أصلا لا تبعا ولا أصالة وانما ملك الاعارة لانها اعطيتك المنافع ومن ملك شيئا جاز أن يملكه غيره وانما الاعاك فيما يختلف باختلاف المستعمل حذر من وقوع التغير به والمكاتب لما اخص بمكاتبه كان أحق بتصرف ما يوصله الى مقصوده وفي كتابه عبده تسبب الى ما يوصله الى ذلك فكانت جائزة وأما المنزل فلما كان شبيها بكل منها أخذ حظام الجانين فليشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعاعند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه

باب الحقوق

(قوله فسر) أقول أي فسر كل واحد (قوله بكل حق هوله) أقول الباء للمصاحبة (قوله لان المراد بالتبعية ههنا) أقول تعليل لقوله ولا يشك الخ والحق ان يعم لدخول المثل اذا ذكر ما يدل على توابع الشيء بحسب التوابع (قوله لانه ليس بلفظ عام الخ) أقول تعليل لعدم جواز التبعية بالمعنى المذكور (قوله ولا من لوازمه) أقول أي من لوازم المعنى الموضوع له (قوله يدخل العلو فيه تبعا) أقول فيه بحث فانه يدخل في اللفظ الدال على التوابع أصلا لا في المنزل تبعا



(بمخلاف الاجارة) فان الطريق تدخل استجار الدور والمسيل والشرب في استجار الاراضى وان لم يذ كر الحقوق والمرافق لان الاجارة تنسند لتملك المنافع ولهذا لا تنفع فيما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر الصغير وبالانتفاع بالدار بدون الطريق وبالارض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق اذا لمستأجر لا يشترى (٣٠٣) الطريق عادة ولا يستأجره فلا بد من

الدخول تحصيلاً للفائدة المطلوبة منه وأما البيع فلتملك العين لا المنفعة ولهذا يجوز بيع مالا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر والانتفاع بالمبيع ممكن بدون الطريق المشتري يشترى الطريق والشرب والمسيل عادة ووحد الضمير لكل واحد أو بتأويل المذكور وقد يستأجرها أيضاً وقد تكون مقصودة التجارة فيبيعها من غيره فحصلت الفائدة المطلوبة

بمخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع فلا يتحقق الا به اذا لمستأجر لا يشترى الطريق عادة ولا يستأجره فبدخل تحصيلاً للفائدة المطلوبة منه أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدون الطريق المشتري عادة يشترى به وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة والله تعالى أعلم

أن كلامهم مالا يدخل لانه وان كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار انما اشترى شيئاً معيناً منها فلا يدخل ملك البائع أو ملك الاجنبي الا به كره ثم قال فان قال البائع ليس للدار المبيعة طريق في دار أخرى فالمشتري لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له ان يرد بها بالعيب وكذا لو كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة فان كانت للبائع يؤمر برفعها وان كانت لغيره كانت بمنزلة العيب وكذا لو ظهر في الدار المبيعة طريق في دار أخرى أو مسيل ماء فان كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له في الدار المبيعة وقوله (بمخلاف الاجارة) متصل به ولم يكن له الطريق يعنى في الاجارة يدخل الطريق والشرب والمسيل لان المقصود منها الانتفاع ولا انتفاع بغير دخول هذه الاشياء والبيع ليس كذلك فان المقصود منه في الاصل ملك الرقبة لا الانتفاع بعين معين بل اما كذلك أو ليخرجها أو يأخذ نقضها فلم تعين فائدة البيع فلا يلزم ولهذا جاز بيع الخش كالماء وان لم ينتفع به في الحال وكذا الارض السبخة ولا تصح اجارة ذلك وفي السكافى ولهذا لو استأجر علواً واستثنى الطريق فسدت الاجارة بمخلاف ما لو اشترى علواً واستثنى الطريق يصح ولو استثنى العلو ثم أجبره بالبيع صح لان القضاء بالاستحقاق لا يوجب انفساخ البيوع الماضية في ظاهر الرواية ولا شيء لصاحب ساحة العلو من الثمن لانه بقا بالبيع والمبيع البناء لا الساحة لانه في حقها في الهواء فان قيل ما ذكرتم يشكل بالقسمة في دار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وبابه في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقسمها فأصاب الصفة أحدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقاً ولا مسيلاً وصاحب البيت لا يستطيع ان يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ولا يقدر ان يسيل ماءه في ذلك فالقسمة فاسدة فعلى قياس ما ذكرتم في الاجارة ينبغي ان يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق فمخر يالجواز القسمة كما أدخلتموها فمخر بالجواز الاجارة أجيب بأن الفرق بينهما لان موضع الشرب ليس مما تناولته الاجارة وانما يتوسل به الى الانتفاع والاجر انما يستوجب الاجارة اذا تمكن المستأجر من الانتفاع ففي ادخال الشرب توفير المنفعة عليهم ما هذا بالاجرة وهذا بالانتفاع أما هنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة لانهما كانا داخلين في الملك المشترك فوجب القسمة اخصاص كل منهما بما هو نصيبه فلو أثبتنا للاحدهما حقاً في نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز الاضرار دون رضاه وانما دليل الرضا شرائط الحقوق والمرافق واعلم انه اذا ذكر الحقوق في البيع وهو بحيث يمكنه احداث طريق فيما اشتراه وتسهيل مائه فيه لم يلزمه ذلك الطريق والمسيل وفي القسمة اذا ذكر الحقوق وأمكنه الطريق والتسهيل فيما أصابه ليس له ذلك بل يتطرق ويسيل فيما أصابه فطوب بالفرق والفرق أن البيع ايجاد الملك من العدم لقصد الانتفاع به وان لم يلزم فيه ذلك فاشترطه يتم مطلقاً والمقصود بالقسمة تخصيص الملك الثابت لهما لكل منهما ما ينتفع به على الخصوص بحيث لا يشركه فيه أحد اذ لو لم يرد ذلك الخصوص لم يكن حاجة الى القسمة وانما يتم هذا اذا لم يدخل الطريق والمسيل فلا يدخلان الا برضا صريح ولا يكفي فيه ذكر الحقوق والمرافق

(قوله وأما البيع فلتملك العين الخ) أقول مقتضى كلام المصنف ان كليهما يعقد الانتفاع لكن الانتفاع في الاجارة لا يمكن بدون بخلاف البيع فشرحه لا يطابق ظاهر المشرع وأيضاً ان أراد بقوله لا المنفعة انه ليس لتملكها فقط فممنوع ولا يفيد وان أراد انه ليس لتملكها أصلاً فسلم بل هو لتملك العين والمنفعة أيضاً والانتفاع بالمهر والارض السبخة ممكن على ما ذكره ويدفع بان اراد المنفعة في الحال

فلتأمل فان البيع من غيره ليس منفعة في الحال (قوله لا المنفعة) أقول يعنى في الحال (قوله ووحد الضمير الخ) أقول أى وحد الضمير في قوله يشترى أى في قوله بدون ونحن نقول فيه بحث فان توحيد الضمير لكونه للطريق يشهد بذلك قوله لا يشترى الطريق وحكم الشرب والمسيل يعلم بالمقايسة كما لا يخفى

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للنسابة التي بينهم مألوفة ومعنى قال (ومن اشترى جارية فولدت عنده لابنة فاستحقها رجل بينة فانه يأخذها وولدها وان أقر المشتري بها رجل لم يتبعها وولدها ووجه الفرق ما ذكره ان البينة حجة مطلقة في حق الناس كافة ولهذا اذا أتمها ولم يجوز البيع يرجع المشتري بالثمن على البائع وترد جميع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بهاملك من الاصل والولد كان متصلا بها ويتفرع عنها وهي ملوكة فيكون له وأما الاقرار فحجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ثبت الملك في الخبر به ضرورة صحة الاخبار لان الاقرار اخبار والاخبار لا بد له من مخبر به والثابت بالضرورة يتم قدر الضرورة وهي تنفذ باثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق (٤٠٠)

باب الاستحقاق

(ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بينة فانه يأخذها وولدها وان أقر بها رجل لم يتبعها وولدها) ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مينة فيظهر بهاملك من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له أما الاقرار فحجة قاصرة ثبت الملك في الخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعاً وقيل بشرط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رحمه الله لا تدخل الزوائد في الحكم فكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعاً

باب الاستحقاق

حق هذا الباب أن يذكر بعد تمام أبواب البيع لانه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهراً ولكن لما ناسب الحقوق لفظاً ومعنى ذكره عقيب (قوله ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل) فان كان (بينة) استحق ولدها معها وارثها كان (وان) كان (ب) مجرد (اقرار) المشتري (له بها) لا يستحق الولد بذلك (ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة) اي ثابتة في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضى عليه (فانها كاسمها مينة) لما كان ثابتاً في نفس الاخر قبل الشهادة به لان الشهود لا يتمكنون من اثبات ملك في الحال لم يكن ثابتاً في الاصل ولا القاضي وانما تظهر البينة ما كان ثابتاً قبله قبلية لا تنقضي عند عدم عين ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض فيما اذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بقضاء البينة فانه ثبت انه قضاء على الكل ولا تسمع دعوى أحدهم انه مملوك لان الكل صاروا مقضياً عليهم بالقضاء على المشتري الاخير كالأولادعت في يد الاخير انما حرة الاصل حيث يرجعون فالولد كان متصلاً به في الزمان الذي ينسحب عليه اظهار البينة الملك فيكون له (أما الاقرار فحجة قاصرة) على المقر حتى لا يتعدى الى غيره لانه لا ولاية له على غيره ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالاقرار وانما جعل حجة ضرورة تصحح خبره وذلك يحصل باثباته في الحال والولد في الحال منفصل عنها والاقرار انما هو بها فقط فلا يتعدى اليه وهذا التوجيه يقتضي انه لو ادعاه المقر له لا يكون له وذكرا التمر تاشي انه انما لم يكن للمقر له اذ لم يدعه فلو ادعاه كان له لان الظاهر أنه له واذا قلنا ان الولد المستحق بالبينة فقضى القاضي بالام هل يدخل في القضاء فيصير هو أيضاً مقضياً به قيل نعم تبعاً كما أن ثبوت استحقاقه تبعاً (وقيل) لا بل (يشترط القضاء بالولد أيضاً) لانه أصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله فلا بد من الحكم به وهو الاصح من المذهب قال المصنف (واليه تشير المسائل) التي ذكرها محمد رحمه الله

بعض فلا يكون الولد له يعني اذ لم يدع المقر له الولد أما اذا ادعى الولد كان له لان الظاهر انه له كذا في النهاية نقلنا عن التمر تاشي ثم اذا قضى بالام للمستحق بالبينة هل يدخل الولد في القضاء بالام تبعاً أم لا قيل يدخل لتبعيته لها وقيل بشرط القضاء بالولد على حدة لانه يوم القضاء منفصل عن الام فكان مستبعداً فلا بد من الحكم به قيل وهو الاصح لان المسائل تشير الى ذلك قال محمد رحمه الله اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا الولد اذا كان في يد رجل غائب فالقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد

باب الاستحقاق

قال المصنف (وقيل بشرط القضاء بالولد) أقول في النهاية ومعراج الدراية ثم القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي جرى

بينه وبين البائع ولكن يوجب وقفه على اجازة المستحق انتهى وفي غاية البيان خلاف ذلك وفي الفتاوى للتمر تاشي ظاهر فان الرواية أنه لا يفسخ وقال ابن الهمام وفي الذخيرة ما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق ان استحقاق المبيع يوجب توقف العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى واعلم ان المنقول في ان البيع متى يفسخ أقوال قيل اذا قبض المستحق وقيل بنفس القضاء والصحيح انه لا يفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح انتهى كلام ابن الهمام (قوله وهي ملوكة فيكون له) أقول الواو في قوله وهي حالبة (قوله والاخبار لا بدله) أقول أي لصدقه (قوله من مخبر به) أقول يعني محقق (قوله أما اذا ادعى الولد كان له لأن الظاهر أنه له) أقول لكن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق



قال (ومن اشترى عبدا فاذا حوحر وقد قال العبد للمشتري اشترى فاني عبده فان كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البائع لا يدري

فان سمعنا نال اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعلم الزوائد لا تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا اذا كانت الزوائد في يد غائب لم تدخل حيث لم يدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو امر جائز عرف انه يشترى القضاء بالرد بخصوصه ثم ذكر في النهاية أن القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انقاس العقد الذي بينه وبين البائع ولكن يوجب توقفه على اجازة المستحق وتبعه الجماعة فاعتضد به شارح بأن غاية ما في الباب أن يكون بيع فذو في بيع المشتري الذي قضى عليه بالاستحقاق وقوله اذا وجد عدم الرضا ينسخ العقد واثبات الاستحقاق دليل على عدم الرضا يعني الموقوف المفسوخ لا تلحقه الاجازة واستوضحه في الفناوى الصغرى اشترى شيئا ثم استحق من يده ثم وصل الى المشتري يوما لا يؤمر بالتسليم الى البائع لانه وان جعل مقرا بالملك للبائع لكن بمقتضى الشراء وقد انسخ الشراء بالاستحقاق فيفسخ الاقرار ثم قال لا جرم لو اشترى عبدا قد اقرضا أنه ملك البائع ثم استحق من يده المشتري ورجع بالثمن على البائع ثم وصل اليه يوما يؤمر بالتسليم الى البائع لأن اقراره بالملك لم يطل ونقله عن شرح قسمة خواهر زاده انتهى وما ذكره صاحب النهاية هو المتصور وقوله اثبات الاستحقاق دليل على عدم الرضا ان أراد دليل عدم الرضا بالبيع فليس بلازم لا يجوز أن يكون دليل عدم الرضا بأن يذهب من يده مجانا وذلك لان لو لم يدع الاستحقاق وثبته استمر في يد المشتري من غير أن يحصل له عينه ولا بدله فانما يذهب من يده لغيره احد مما العين أو البديل بأن يحيز ذلك البيع ويصل الثمن اليه فظهر أن اثبات الاستحقاق ليس ملازوما لعدم الرضا بالبيع بل المحقق أنه ملازم لعدم الرضا بذهابه وذهاب بدل عينه وأما ما استوضح به من الفناوى الصغرى فليس مقيدا له لأن المذكور فيها استحق من يده ثم وصل اليه ومعنى هذا أنه أخذ عينه من يد المشتري ثم وصل اليه ولا شك أنه اذا اتصل باثبات الاستحقاق أخذ المستحق للعبد بعينه فلا بد أن يرجع المشتري بالثمن ممن هو في يده فقد ظهر منه عدم الرضا بالبيع والالم بأخذوا اجازة فاین هذا من مجرد اثبات الاستحقاق والقضاء به حتى ظهر ملكه فيه والله سبحانه هو الفتاح الجواد لا اله غيره ولا مرجو الاخيره وفي الذخيرة مما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق أن استحقاق المبيع يوجب توقف استحقاق العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى واعلم أن المنقول في أن البيع متى يفسخ أقوال قبل اذا قبض المستحق وقبل بنفس القضاء والصحيح أنه لا يفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى له أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح وقال شمس الأئمة الحلواني الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء وفي الزيادات روى عن أبي حنيفة أنه لا ينقص ما لم يأخذ العين بحكم القضاء وفي ظاهر الرواية لا يفسخ ما لم يفسخ وهو الاصح انتهى ومعنى هذا أن يتراضى على الفسخ لانه ذكر فيها أيضا اذا استحق المشتري فأراد المشتري نقض البيع من غير قضاء ولا رضا للبائع ليس له ذلك لأن احتمال اقامته البيئته على النتائج من البائع أو على تاتي الملك من المستحق ثابت الا اذا قضى القاضي فيلزم العجز فيفسخ انتهى يعني يلزم العجز عن اثبات ذلك أو المراد أن يفسخ المستحق فانه هو المالك نعم لا شك في أنه لو فرض اتفاق عدم رجوع المشتري بعد ان قضى للمستحق وأخذ المبيع واستمر غير محيز أنه يفسخ فان سكوت بعد الاخذ عن الاجازة قدر ما يتمكن فيه من الاجازة ولم يحز دليل ظاهر في عدم رضاه بالبيع (قوله ومن اشترى عبدا) أى اشترى انسانا (قال له اشترى فاني عبدا فاذا حوحر) أى فظهر أنه حر بينة أقامها (فان كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة) أى يدري مكانه (لا يرجع على العبد بشيء) من الثمن الذي قبضه بائعه للمتمكن من الرجوع على القابض (واذا كان البائع لا يدري

قال (ومن اشترى عبدا  
فاذا حوحر الخ) رجل قال  
لا اشترى فاني عبدا  
فاشترى فاذا حوحر فلا يحلو  
لما أن يكون البائع حاضرا  
أو غائبا غيبة معروفة واما  
أن يكون غائبا غيبة  
مقطعة لا يدري

(أين هو) فان كان الاول فليس له على العبد شيء وان كان الثاني رجع المشتري على العبد والعبد على البائع وان لم يقل اني عبد ليس على العبد شيء في قولهم وان قال ارتبني فاني عبد فوجد حرام الرجوع المرتب على العبد بحال أي سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا أية عيبة كانت وعن أبي يوسف أنه لا يرجع على العبد في البيع والرهن لان الرجوع في هذا العقد اما أن يكون بالمعاوضة أو بالكفالة وليس شيء منهما بوجود وانما الموجود هو الخيار كذا في فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك أو قال ارتبني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتدا على أمره واقرا رائي عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذرا الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فأمكن ان يجعل الامر به ضامنا للسلامة كما هو مو جب به بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببذل الصنف والم لم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضامنا للسلامة (٣٤٠٦)

أين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتبني عبد امقرا بالعبودية فوجد حرام الرجوع عليه على كل حال) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يرجع فيه لما لان الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة والموجود ليس اذا اخبر كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك أو قال العبد ارتبني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتدا على أمره واقرا رائي عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذرا الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فأمكن ان يجعل الامر به ضامنا للسلامة كما هو مو جب به بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببذل الصنف والم لم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضامنا للسلامة

أين هو رجع المشتري على العبد) عماد دفع الى البائع من الثمن (ورجع) العبد (على بائعه) بما رجع المشتري به عليه ان قدر وانما يرجع العبد على البائع مع أنه لم يأمر به الضمان عنه لانه أدى دينه وهو مضطرب في أدائه بخلاف من أدى عن آخر دين أو حقا عليه بغير أمره فليس مضطربا فيه فانه لا يرجع به والتقييد بالقيدين لانه لو قال أنا عبد وقت البيع ولم يأمر به شرائه أو قال اشتري ولم يقل فاني عبد لا يرجع عليه بشيء (ولو ارتبني عبد امقرا بالرق فظهر حرا) وقد كان قال ارتبني فاني عبد الراهن (لم يرجع عليه) أي على العبد (على كل حال) أي سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا يعرف مكانه أولا يعرف وهذا ظاهر الرواية (عنه) وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما أي في البيع والرهن (لان الرجوع بالمعاوضة) وهي المبيعة هنا (أو بالكفالة) وليس واحدا منهما ثابتا (بل) الثابت (ليس الا) مجرد (الاخبار كذا في فصار كما اذا قال اجنبي) لشخص (ذلك) وكقول العبد (ارتبني فاني عبد وهي المسئلة المذكورة فاني اوله) ما أن المشتري شرع في الشراء معتدا على أمره واقرا رائي عبد امقرا من جهته والتغري في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض تجعل سببا للضمان دفعا للضرر بقدر الامكان فكان يتغير به (ضامنا) ادرك (الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع ولا تعذرا الا فيما لا يعرف مكانه كالقولي اذا قال) لاهل السوق (بايعوا عبدى فاني قد أدت له) ففعلوا (ثم ظهر استحقاق العبد) فانهم (يرجعون على المولى ببيعة العبد) ويجعل المولى بذلك ضامنا لدرك ما ذاب عليه دفعا للغرور وعن الناس (بخلاف الرهن فانه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببذل الصنف والمسلم فيه) فلو ذلك يقع استيفاء الدين ولو كان معاوضة كان استبدال المسلم فيه قبل قبضه وهو حرام واذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الامر به ضامنا لانه ليس تغري رافي عقد معاوضة

يجعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الامكان كما في المولى اذا ذل لاهل السوق هذا عبدى وقد أدت له في التجارة فبايعوه فبايعوه وطلقة ديون ثم ظهر انه حرا فانهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر قيمته بملكهم الغرور وهذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد بظهور حريته أهل الضمان فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه (قوله والبيع عقد معاوضة) انما صرح به مع كونه معلوما من قوله ان المشتري شرع في الشراء فتهيئ له للجواب عن الرهن واختصاصا ببيان اختصاص موجبة الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا ان الرجل اذا سأل غيره عن امن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فاذا فيه لصوص سلبوا أمواله لم يضمن الخبير شيئا لانه غرور فيما ليس بمعاوضة وكذلك لو قال كل هذا الطعام فانه غير مسموم فأكل

ولهذا سلبوا أمواله لم يضمن الخبير شيئا لانه غرور فيما ليس بمعاوضة وكذلك لو قال كل هذا الطعام فانه غير مسموم فأكل ثبات فظهر بخلافه لكونه تغري رافي غير المعاوضة واذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهذا جاز الرهن ببذل الصنف والمسلم فيه واذا هلك يقع فيه الاستيفاء ولو كان معاوضة لكان استبدال البرأس مال السلم أو بالمسلم فيه وهو حرام واذا لم يكن معاوضة لم يجعل الامر به ضامنا للسلامة

قال المصنف (وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما) أقول قوله فيهما أي البيع والرهن ولا يخفى عليك ما في قوله أو قال ارتبني من جعل الشيء مقبلا عليه لنفسه فليست أملا فانه يجوز ان يقال تقصر الكلام ما في الرهن فبالاجتماع وما في البيع فلا لان الرجوع الخ وترك التفصيل للاعتماد على الفهم (قال المصنف بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه الخ) أقول فيه بحث فان شئت فراجع آخر كتاب الخ

وبخلاف الاجنبى فانه لا معتبر بقوله فلا يتحقق الغرور ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو ان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى والعبد بعد ما قال اشترى فاني عبد لما أن يدعى الحرية أولاً والاول تناقض والثاني ينتفي به شرط الحرية والجواب أن قول محمد فاذا العبد حر يمتثل حرية الاصل والحرية بعناق عارض فان أراد الاول فله وجهان أحدهما ما قاله عامة المشايخ ان الدعوى ليست بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الام لان الشهود في شهادتهم محتاجون الى تعيين الام وفي ذلك تحريمها وتحريم اخواتها وبناتها فانه اذا كان حر الاصل كان فرج الام على مولاه حراما وحرمة الفرج من حقوق الله تعالى والدعوى ليست بشرط كافى عتق الامة واذا لم تكن الدعوى شرطاً لم يكن التناقض مانعاً (٧٠٣)

الدعوى وان كانت شرطاً في حرية الاصل أيضاً عنده لكن يعذر في التناقض لخفاء حال العاوق وكل ما كان مبنياً على الخفاء فالتناقض فيه معفو كما نذكر وان أراد الثاني فله الوجه الثاني وهو أن يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لبنائه على الخفاء اذا المولى يستند به فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع فانهم يتقبل منها لان الزوج ينفرد بالطلاق فربما لم تكن عامة عند الخلع ثم علمت وانما قيد بالثلاث لانه فمادونه أمكن أن يقيم الزوج بينة انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي أثبتته المرأة يمينتها قبل يوم أو يومين وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك وكذا المكاتب يقيمها على الاعتراف قبل

وبخلاف الاجنبى لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور وتظير مسئلة نقول المولى بايعوا عبدى هذا فاني قد أذنت له ثم ظهر الاستحقاق فانهم يرجعون عليه بقيمة ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل اذا كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العاوق وان كان الوضع في الاعتراف فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتراف قبل الكتابة

ولهذا قالوا وقال رجل لآخر وقد سأله عن أمن هذا الطريق فقال اسلكه فانه آمن فسلكته فنهب ماله لم يضمن وكذا وقال كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فأكله فمات لا قصاص عليه غير أنه استحق عند الله عذاباً لا يطاق (وبخلاف الاجنبى لانه لا يعبأ بقوله) فالرجل هو الذي اغترق المصنف (ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبي حنيفة لأن الدعوى) أى دعوى الحرية (شرط) في القضاء بينهما والدعوى لا تصح من هذا العبد للتناقض فان دعوى الحرية تناقض تصريحه برقه فأجيب من جهة بعض المشايخ أن هذه الدعوى ان كانت بحرية الاصل (فالدعوى ليست بشرط عنده) كقولهما في دعوى الحرية مطلقاً (لتضمنه تحريم فرج أمه) على السيد وتحريم اخواتها وبناتها وحرمة الفرج حقه تعالى والدعوى ليست شرطاً في حق الله تعالى كافي عتق الامة حتى إن الشهود يحتاجون في شهادتهم الى تعيين الام والحرمة لا تحتاج في القضاء بها الى الدعوى واذا لم تلجأ الى الدعوى لا يضر التناقض فيها (وقيل هو) أى الدعوى (شرط مطلقاً في حرية الاصل ودعوى الاعتراف في المكاتب والصحيح أنه دعوى العبد بشرط عند أبي حنيفة في حرية الاصل والعتق العارض (لكن التناقض) في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى بها أما في حرية الاصل (فخفاء) حال (العاوق) فانه يسبى مع أمه أو بدونها ولا يعلم بحريتها ورقها حال العاوق به فيفسر بالرق ثم تظهر له حرية أمه فيدعى الحرية وفي الاعتراف العارض فـ لان المولى ينفرد به ولا يعلم العبد بغير الرق ثم يعلمه فيسديه والتناقض في دعوى ما فيه خفاء يعذره فيه (وصار كالمختلعة تقيم البينة على تطليق) الزوج ايها (ثلاثاً قبل اختلاعه) تقبل (وكذا المكاتب يقيمها على الاعتراف قبل الكتابة) تقبل مع أن اتفاقهما على سؤال الخلع والكتابة اقرار بقيام العصمة والرق ولم يضرهما التناقض للخفاء فترجع المرأة والمكاتب يسدل الخلع ومال الكتابة وذكرهما مسئلة الجامع الكبير وهى أصل في الاستحقاق وهى رجل اشترى من آخر ثم باق طعنه قيصا وخطه ثم جاء مستحق فقال هذا القميص لى وابنته بالبينة فالمشترى لا يرجع بالثمن على البائع لأن الاستحقاق ما ورد

الكتابة ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد إقامة البينة على ما ادعياه

(قوله لتضمنه تحريم الى قوله الى تعيين الأم) أقول أنت خبر بأن التضمن المذكور حاصل بدون التعيين أيضاً كافي تحريم فرج الاخوات والبنات ولعل التعرض للاحتياج الى التعيين لكون التضمن فيه أظهر (قوله والدعوى ليست بشرط) أقول أى في حرمة الفرج (قوله لم يكن التناقض مانعاً) أقول اذا ادعى الحرية ولا ينتفى بشرط الحرية اذا لم تدع قال المصنف (وقيل هو شرط) أقول تذ كبر الضمير الرجوع الى الدعوى لكونها في تأويل ان يدعى وهذا مطرد في المصادر المؤتمة أو في تأويل الادعاء أو باعتبار الخبر (قوله قبل يوم أو يومين) أقول من وقت الخلع (قوله وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك) أقول اذ فرض المسئلة فيما اذا لم يمكن انقضاء العدة والتحليل بعد الطلاق الذي أقامت البينة عليه

قال (ومن ادعى حقا في دار) معناه حقا مجهولا (فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحققت الدار  
الاذراعاء ما لم يرجع بشئ) لان للمدعى ان يقول دعواي في هذا الباقي قال (وان ادعاهما كلها فصالحه  
على مائة درهم فاستحق منها شئ يرجع بحسابه) لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع بيده عند  
قنوات سلامة المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهةالة فيما يسقط  
لاتنقض في المنازعة والله تعالى اعلم بالصواب

على ملك البائع لانه لو كان ملكه في الاصل انقطع بالقطع والخباطة كن غصب ثوبا فقطعه وخطه  
ينتقل ملك الغصب منه الثوب الى الضامن فالاصل ان الاستحقاق اذا ورد على ملك البائع الكائن من  
الاصل يرجع عليه وان ورد على ملك المشتري بعد ما صار الى حال لو كان غصبا لم يكن له يرجع على  
البائع لانه متيقن الكذب ولهذا الواشرا من شهرين فاقام رجل بيعة انه له منذ شهر يقضى بهاله  
ولا يرجع على بانه وعرف ان المعنى ان يستحقه باسم التبعيض ولو كان اقام البيعة انه كان له قبل هذه  
الصفة يرجع المشتري بالثمن وعلى هذا الجواب اذا اشترى حنطة وطحنها ثم استحق الدقيق ولو قال كانت  
قبل الطحن لي يرجع وكذا اذا اشترى لحما فشواه ولو اشترى شاة فذبحها او سلخها فاقام البيعة رجل  
آخر ان الرأس والاطراف واللحم والجلدة فقصي به ارجع المشتري على البائع لان هذا استحقاق عين  
الشاة (قوله حقا في دار) أي مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحققت (الدار اذراعاء عالم  
يرجع) على الذي صاحبه (بشئ) لم يكن من أن يقول مرادى من الحق الذي ادعته أو الحق الذي  
ادعته هذا الباقي (ولو) كان ادعاهما كلها فصالحه فاستحق منها شئ يرجع بحسابه لأن التوفيق هنا  
غير ممكن فوجب الرجوع بيده عند قنوات سلامته ودلت المسئلة على (أحمرين أحدهما) أن الصلح عن  
مجهول على معلوم جائز لان البراءة عن المجهول جائز عندنا (لان الجهةالة فيما يسقط لاتنقض الى  
المنازعة) والاخر أن صحة الدعوى ليست شرطا في صحة الصلح لأن دعوى الحق غير صحيحة للجهةالة المدعى  
به ولذا لو أقام به بيعة لاتقبل أما اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق قبلت البيعة (فروع) اشترى  
شياء ثم قال هو ملك فلان وصدقه أو ادعاه فلان وصدقه هو أو أنكر خلف فشكل ليس له في شئ من ذلك  
الرجوع على البائع بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب خلف فشكل يلزم الموكل لان النكول  
من المضطر كالبيعة وهو مضطر في النكول اذ لم يعلم عيبه ولا سلامته ولو أقام المشتري بيعة على أنه ملك  
فلان لا يقبل لتناقضه فان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع فاذا ادعاه لغيره تناقض بخلاف ما لو  
برهن على اقرار البائع انه ملك فلان يقبل لعدم تناقضه وبخلاف ما لو برهن على أنها حرة الاصل وهي تدعى  
ذلك أو أنه ملك فلان وهو أعتقه أو دبرها أو استولدها قبل شرائها حيث يقبل ويرجع بالثمن على البائع  
لان التناقض في دعوى الحرية وفروعهما لا يمنع صحة الدعوى ببيع عقارا ثم برهن أن ما باعه وقت لا يقبل  
لان مجرد الوقت لا يزيل الملك بخلاف الاعتراف ولو برهن أنه وقف محكوم بلزومه يقبل ولو برهن أنه  
في يد المشتري الاخر أنه معة فلان أو مذبذبة أو أم ولده يرجع الكل الامن كان قبل فلان \* اشترى  
شياء ولم يقبضه حتى ادعى آخر أنه له لا تسع دعواه حتى يحضر المشتري والبائع لان الملك للمشتري واليد  
للبيع والمدعى يدعيه ما فشرط القضاء عليهم ما حضروهما ولو قضى له بهما بحضورهما ثم برهن البائع أو  
المشتري على أن المستحق باعهما من البائع ثم هو باعهما من المشتري قبل ولزم البيع لانه يقرر القضاء  
الاول ولا ينقضه ولو فسح القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البائع أن المستحق باعهما منه يأخذها  
وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض ولو قضى للمستحق بعد اثباته بالمستحق ثم برهن البائع على بيع المستحق  
منه بعد الفسخ تبقى الامة للبائع عند أبي حنيفة وليس له أن يلزمه المشتري لانه قد قضى بالفسخ باطنا  
وظاهرا عنده ولو استحققت من يد مشتري برهن الذي قبله على بيع المستحق من بائع بائعه قبل لانه خصم

قال (ومن ادعى حقا في دار) من ادعى حقا مجهولا - ولا في  
دار بيد رجل فصالحه الذي  
في يده على مائة درهم  
فاستحق الدار اذراعاء ما لم  
يرجع بشئ لان للمدعى  
أن يقول دعواي في هذا  
الباقي وان ادعى كلها فصالحه  
على مائة فاستحق منها شئ  
يرجع بحسابه اذا التوفيق  
غير ممكن والمائة كانت بدلا  
عن كل الدار ولم تسلم فتقسم  
المائة لان المبدل يقسم  
على أجزاء المبدل (ودلت  
المسئلة على ان الصلح عن  
المجهول على المعلوم جائز  
لان الجهةالة فيما يسقط  
لاتنقض الى المنازعة) قالوا  
ودلت أيضا على ان صحة  
الدعوى ليست بشرط  
الصحة الصلح لان دعوى  
الحق في الدار لا تصح للجهةالة  
ولهذا لاتقبل البيعة على  
ذلك الا اذا ادعى اقرار  
المدعى عليه بذلك فينشذ  
تصح وتقبل البيعة

قال المصنف (ودلت  
للمسئلة على ان الصلح عن  
المجهول على معلوم جائز)  
أقول وسيجيء أيضا في  
مسائل شتى من كتاب  
أدب القاضي

مناسبة هذا الفصل لباب  
الاستحقاق ظاهرة لأن  
بيع الفضولي صورة من  
صور الاستحقاق لأن  
المستحق انما يستحق  
ويقول عند الدعوى هذا  
ملكى ومن باعك فأنما  
باعك بغير إذنى فهو عين  
بيع الفضولى والفضولى  
بضم الفاء لا غير والفضل  
الزيادة وقد غلب جمعه على  
مالأخبر فيه وقيل لمن  
يشغل بما لا يعنيه فضولى  
وهو فى اصطلاح الفقهاء  
من ليس بوكيل وفتح الفاء  
خطأ قال (ومن باع ملك غيره  
بغير أمره فالملك بالخيار الخ)  
ومن باع ملك غيره بغير إذنه  
فالملك بالخيار ان شاء أجاز  
البيع وان شاء فسح وهو  
مذهب مالك وأحمد فى  
رواية وقال الشافعى فى  
الحديد وهو رواية عن أحمد  
لم ينعقد لانه لم يصدر عن  
ولاية شرعية لانهم بالملك  
أو باذن المالك وقد فقدوا  
ومالم يصدر عن ولاية  
شرعية لا ينعقد لان  
الانعقاد لا يكون  
الا بالولاية الشرعية

فصل في بيع الفضولى  
(قوله لأن بيع الفضولى  
صورة الخ) أقول لأن  
الاستحقاق قد يكون بالهبة  
(قوله لأن المستحق انما  
يستحق الخ) أقول كلمة انما  
لأنه قوله صورة من صور

فصل في بيع الفضولى (قوله) (ومن باع ملك غيره بغير أمره فالملك بالخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء  
فسح) وقال الشافعى رحمه الله لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانهم بالملك أو باذن المالك وقد فقدوا  
ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية

ولو برهن البائع الاول أن المستحق أمره ببيعها وذلك الثمن في يده يقبل ولو استهلكه أو رده لا يقبل ولو  
أقر عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك أقام المستحق البينة وأثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له أن  
يرجع على بائعه لأن القضاء وقع بالبينة لا بالقرار لانه محتاج الى أن يثبت به يمكنه الرجوع على بائعه  
كذلك ذكر رشيد الدين فى باب دعوى الدين بسبب وبغير سبب من فتاواه وذكر فى باب ما يكون اقرارا  
من المدعى عليه من فتاواه المدعى لو أقام بينة على دعواه ثم أقر المدعى عليه بالملك له فاقضى بقضى  
بالأقرار لا بالبينة لأن البينة انما تقبل على المنكر لا المقر وذكر فى آخر كتاب الدعوى ادعى عينا فى  
يد رجل وأنكر المدعى عليه فأقام بينة على ما دعه فقبل أن يقضى القاضى للمدعى بينة أقر المدعى عليه  
بالعين للمدعى يقضى بالبينة أو بالأقرار اختل فيه المشايخ بعضهم قالوا بالأقرار وبعضهم قالوا بالبينة  
لأن المدعى حين أقام البينة كان المدعى عليه منكرا واستحق المدعى القضاء بالبينة فلا يبطل هذا  
الاستحقاق باقراره قال والاول أظهر وأقرب الى الصواب وهو يناقض ما ذكره فى باب دعوى الدين الآن  
تخص تلك بعراض الحاجة الى الرجوع وقد صد القاضى الى القضاء باحدى الخطين بعينها فيحصل أنه  
إذا ثبت الحق بالبينة والأقرار ينبغى على ما جعله الاظهر أن يقضى بالأقرار وأن سبقته أقامة البينة  
غير أن القاضى يتمكن من اعتباره قضاء بالبينة فعند تحقق حاجة الخصم الى ذلك ينبغى أن يعتبر قضاء  
به ليندفع الضرر عنه بالرجوع ولو قضى بالاستحقاق فطلب المشتري الثمن من البائع فردده اليه ثم  
ظهر فساد القضاء فليس للمشتري أن يسترد المستحق من البائع لثبوت التعاقيل ولو لم يترادوا ولكن القاضى  
قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ ولو أحب البائع أن يأمن غائلة الرد  
بالاستحقاق فأبرأه المشتري من ضمان الاستحقاق قائلا لا أرجع بالثمن ان ظهر الاستحقاق فظهر كان  
له الرجوع ولا يعمل ما قاله لان الأبراء لا يصح تعليقه بالشروط قالوا والحيلة فيه أن يقر المشتري أن بائعى  
قبل أن يبيعه منى اشتراه منى فاذا أقر على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لانه لو رجع على بائعه فهو  
أيضا يرجع عليه باقراره أنه باعه منه والله أعلم

فصل في بيع الفضولى مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة لأن دعوى الاستحقاق تتضمن  
دعوى الفضولى على أحسن الوجوه لانه يتضمن إمادعواه أن بائعه ملكى بغير أمره أى انخصبه أو  
فضوله وأحسن الخارج المتمسك فيه فضوله والفضول جمع فضل غلب فى الاشتغال بما لا يعنيه ومالا  
ولاية فيه فقول بعض الجهلة لمن بأمر بالمعروف وأنت فضولى يخشى عليه الكفر (قوله) (ومن باع ملك  
غيره بغير إذنه فالملك بالخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء فسح) وهو قول مالك وأحمد (وقال الشافعى  
لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانهم بالملك أو باذن المالك وقد فقدوا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية)  
وصار كبيع الأبق والطير فى الهواء فى عدم القدرة على التسليم وطلاق الصبي العاقل فى عدم الولاية  
وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك قلنا المراد البيع الذى تجرى فيه  
المطالبة من الطرفين وهو النافذ والمراد أن يبيعه ثم يشتريه فيسلبه بحكم ذلك العقد وذلك غير ممكن  
لأن الحادث ثبت مقصورا على الحال وحكم ذلك السبب ليس ههنا بل أن يثبت بالاجازة من حين ذلك  
العقد ولهذا يستحق المبيع برأئده المنصلة والمنقصة وسبب ذلك النهي بقيد هذا وهو قول حكيم  
يارسول الله ان الرجل يأتى فيطلب منى سلعة ليست عنده فأتى ببيعها منه ثم أدخل السوق فأشترىها  
فأسلمها فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك وقال الكرخى حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزى

الاستحقاق (قوله لانهم بالملك أو باذن المالك) أقول ونحن نمنع انحصار طريق ثبوت الولاية الشرعية فى ذنبك



ولما أنه تصرف عليك وقد صدر من أهله ووقع في محله فوجب القول بانعقاده أما أنه تصرف عليك من قبيل إضافة العلم إلى الخامس  
كعلم النشئة فلا نزاع في ذلك وإنما قال تصرف عليك ولم يقل عليك لأن التملك من غير المال لا يتصور فإن قيل تصرف التملك شرع  
لأجل التملك فإن المراد بالأسباب (٣١٠) الشرعية أحكامها فإذا لم يفد التصرف التملك كان لغوا فالحجوب أن الحكم ثبت بقدر دليل

وهذا التصرف لما كان  
موقوفاً للمالك كذا إذا حكمنا  
موقوفاً كما أن السبب البات  
أفاد حكماً بأننا أو أن السبب  
أنما يكون لغوا إذا خلا عن  
الحكم فأمّا إذا خرف فلا كما  
في البيع بشرط الخيار وأما  
صدور من الأهل فلا أن  
أخيه التصرف بالعقل  
والبلوغ وأما المحل فإن محل  
البيع هو المال المتقوم  
وبانعدام المالك للعاقبة في  
المحل لا تنعدم المالية والتقوم  
الآتري أنه إذا باعه بأذن  
المالك جاز والأذن لا يجعل  
غير المحل محلاً وأما وجوب  
القول بانعقاده فلا أن  
الحكم عند تحقق مقتضى  
لا يمنع الإلزام والمانع  
متفق لأن المانع هو الضرر  
ولا ضرر في ذلك لأحد من  
المالك والعاقدين أما المالك  
فلا أنه مخير بين الإجازة  
والفسخ وله فيه منفعة حيث  
يكفي مؤنة طلب المشتري  
وقرار الثمن وأما الفضولي  
فلا أن فيه صوت كلامه  
عن الإلغاء وأما المشتري  
فظاهر فثبت القدرة  
الشرعية تحصيلاً لهذه  
المنافع فإن قيل القدرة  
بالمالك أو بالأذن ولم يوحدا

ولما أنه تصرف عليك وقد صدر من أهله في محله فوجب القول بانعقاده أنه لا ينصرف فيه للمالك مع تحصيله بل  
فيه نفع حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء  
وفي نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيلاً لهذه الوجوه  
قال حدثنا الحسن بن القزاز قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة سمعته عن عروة البارقي  
وحدثنا إبراهيم قال حدثنا ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة حدثنا الحمي عن  
عروة البارقي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً يشتري به أخيه فاشتري شاتين فباع أحدهما  
بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشتري تراباً ببيع فيه وروى  
أنه صلى الله عليه وسلم دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام ليشتري به أخيه فاشتري شاة ثم باعها بدينارين  
ثم اشتري شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال صلى الله عليه  
وسلم بارك الله لك في صفقتك فأمّا الشاة فضع بها وأما الدينار فتصدق به وقولك لا أنه قادر إلا بالقدرة  
الشرعية أن أردت لا انعقاد على وجه النفاذ لمناه ولا يضر وإن أردت لا انعقاد على وجه التوقف إلى  
أن يرى المالك مصلحة في الإجازة فيجيز فعله أو عدمها فيبطله ممنوع ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته  
وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر ولا مانع شرعي فيدخل  
ثبوته في العمومات أما متحقق ما ذكرنا فإن المالك يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وقراره ونفاق  
سلعته وراحته منها ووصوله إلى البذل المطلوب له المحبوب والمشتري ووصوله إلى حاجة نفسه ودفعها  
بالمبيع وارتفاع ألم فقدتها إذا كان مهماله والعاقد يصون كلامه عن الإلغاء والاهداء بل وحصول  
الثواب له إذا قوى الخير لله تعالى من الإعانة على حصول الرفق لأخيه المسلم ولما كان هذا التصرف  
خبر الكل من جماعة عباد الله من غير ضرر ركأن الأذن في هذا العقد ثابتاً لدلالة كل عاقل بأذن في  
التصرف النافع له بلا ضرر بثبته أصلاً وبالعمومات فوجب اعتباره وصار كالوصية من المديون  
المستغرق وبأكثر من الثلث إذا كان المعقود عليه باقياً حيث يتوقف على إجازة المستحق بالإجماع  
فهذا أصل لقياس صحيح لا يقال فإذا ثبت الأذن دلالة يفي أن ينفذ العقد لانه يقول الثابت دلالة ما لا  
ضرر فيه وذلك هو الانعقاد موقوفاً على رأي المالك فثبت بهذا القدرة فأمّا نفاذه بلارأيه ففيه اضراء به  
اذ قد لا يري بيعه فيثبت بخلاف بيع الطير في الهواء والسمك في الماء لا يجوز لعدم المحل فإن الطير ليس  
بملاك أصلاً قبله ومالكه لا يملكه لا يكون محلاً للبيع وبيع الباقي ينعقد فاسداً وهو عندنا مفيد  
لذلك إذا اتصل به القبض وعدم توقف طلاق الصبي ولو بعمال لحق الشرع فانه أنزله كالجنون فيما نحن  
فيه وإن كان عاقداً اذ صح تركه بذلك عن غيره وطلاق المرأة ضررها فإن عقد النكاح شرع  
لتراحم والتعاون وانتظام المصالح فلذا لم يتوقف ذلك منه لا على إجازة وليه ولا على إجازته بعد البلوغ  
بخلاف ما لو اشتري أو زوج أمته فإن هذه التصرفات تتوقف على إجازة وليه أو إجازته بعد البلوغ فإن  
قبل يجب أن يلعو لعدم المقصود منه وهو المالك قلنا لا يلزم من عدم ترتيبه في الحال عدمه مطلقاً بل هو  
مرجوف لا يلزم عدمه وكون متعلقاً به مقدم جواً كافٍ في صحة التصرف وعن هذا صح تعليق  
الطلاق والعناق بالشرط والأفلا وقوع في الحال ولا يقطع بتوقوعه فكان ينبغي أن يلغى لكن لما كان  
بحيث يرجح صح وانعقد سبباً في الحال مضافاً وعند الشرط نقولنا هذا وقول المصنف (تصرف عليك)

المالك لا يتصور) أتول فيه منع فإن وصي التيمم لا ليس بمالك المال التيمم وملكه بالبيع بالاتفاق وأيضاً إذا كان  
إضافته من قبيل إضافة العلم إلى الفقه يكون قولنا تصرف عليك في معنى عليك أذ معناه حيث تصرف هو عليك (قوله فلا أن أهلية  
التصرف بالعقل والبلوغ) أقول الأول هو القصر على العقل على ما سيجي في المأذون ليشمل بيع الصبي العاقل الفضولي

أجاب عن ذلك منكر بقوله كيف وإن الأذن نابت دلالة لأن العاقل يأذن في التصرف النافع فان قيل سلمنا وجود المقتضى لكن المانع ليس بمحصر في الضرر بل عدم الملك مانع شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك وكذلك المجز عن التسليم ألا ترى أن بيع الآبق والطير في الهواء لا يجوز مع وجود الملك فيها فالجواب أن قوله لا تبع نهى عن البيع المطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل والكامل هو البيع البات فلا اتصال له بوضع النزاع والقدرة على التسليم بعد الإجازة نابتة والدليل على ذلك ما روى التكرخي في أول كتاب الوكالة قال حدثنا إبراهيم قال حدثنا محمد بن ميمون الخطياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة قال أخبرنا الحسن عن عروة البارقي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينار يشتري أخصية فاشتري شاتين فباع أحدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشتري ترابا ربح فيه لا يقال عروة البارقي كان وكيلًا مطلقا بالبيع والشراء لانه دعوى بلا دليل إذ لا يمكن اثباته بغير نقل والمنقول أنه عليه الصلاة والسلام أمره أن (٣١١) يشتري له أخصية ولو كان لنقل على

كيف وإن الأذن نابت دلالة لأن العاقل يأذن في التصرف النافع قال (وله الإجازة إذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما) لأن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه

من إضافة العام إلى الخاص كحركة الأعراب والإضافة في مثله بيانية أي تصرف هو عليك وحركة هي أعراب ولا حاجة إلى هذا القيد هنا لأن تصرفات الفضولي تتوقف عندنا إذا صدرت وللتصرف مجيز أي من يقدر على الإجازة سواء كان تملكا كالبيع والإجازة والهبة والتزويج والتزوج أو إسقاطا حتى لو طلق الرجل امرأته غيره أو أعقق عبده فأجاز طلقه وانعقد وكذلك أساء الأسقاطات للديون وغيرها وكان الأحسن أن يقول تصرف شرعي وأما القياس على الفضولي بالشراء ففي شراء الفضولي تفصيل ذكره في شرح الطحاوي وطريقه الخلاف وهو أنه لو قال بيع هذا لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولي بعت لأجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس أما إذا قال الفضولي اشتريت هذا لأجل فلان فقال بعت أو قال المالك ابتداء بعت منك هذا العبد لأجل فلان فقال اشتريت نفذ على الفضولي غير متوقف على إجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشتري فلا يتوقف لانه أضيف إليه ظاهره فلا حاجة إلى إيقافه إلى رضا الغير وقوله لأجل فلان يحتمل لأجل شفاعته أو رضاه بخلاف البيع لم يجد نفاذا (قوله وله الإجازة) أي للمالك (إذا كان المعقود عليه باقيا) وهو البيع (و) كذا (المتعاقدان) وهما الفضولي والذي خاطبه فلا بد من بقاء أربعة الثلاثة المذكورة والمالك حتى لو مات لا تصح إجازة الوارث كما سنذكر هذا فيما إذا كان الثمن دينارا أي مما لا يتعين وهذا (لأن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيام العقد) الذي هو مورد هذا التصرف وقيامه (بقيام العاقدين والمعقود عليه) وانما لم يذكر المالك لانه ذكر أن الإجازة منه وهو فرع وجوده وفي الإيضاح عقد الفضولي في حق وصف الجواز موقوف على الإجازة فأخذت الإجازة حكم الانشاء ولا بد في الانشاء من قيام الاربعه وبالتفصيل شرط بقاء المعقود عليه لأن المالك لم ينتقل فيه وانما ينتقل بعد الإجازة ولا يمكن أن ينتقل بعد الهلاك والمشتري يلزمه الثمن وبعد الموت لا يلزمه ما لم يكن لزمه حال أهليته والبائع لانه يلزمه حقوق العقد

سبيل المدح له فان قيل هل يجوز شراء الفضولي كبيعته أولا أجيب بأن فيه تفصيلا وهو أن الفضولي إن قال بيع هذا العين فلان فقال المالك بعت فقال الفضولي اشتريت لأجله أو قال المالك ابتداء بعت هذا العين لفلان وقال الفضولي بعت لأجله فهو على هذا الخلاف وإن قال اشتريت منك هذا العين لأجل فلان فقال المالك بعت أو قال المالك بعت منك هذا العين لأجل فلان فقال اشتريت نفذ على الفضولي غير متوقف على إجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشتري حيث أضيف إليه ظاهرا فلا حاجة إلى الإيقاف على رضا الغير وقوله لأجل فلان يحتمل لأجل رضاه وشفاعته وغير ذلك بخلاف

البيع فإنه لم يجد نفاذا على غير المالك ولم ينفذ على المالك فاحتج إلى الإيقاف على رضا الغير وإلى هذا الوجه أشار المصنف بعد بقوله والشراء لا يتوقف على الإجازة (قوله وله) أي للمالك الإجازة اعلم أن الفضولي إما أن يبيع العين بثمن دين كالدراهم والدينار والنفوس والكبلى والورق الموصوف بغير عينه وإما أن يبيع بثمن عين فان كان الأول فالمالك الإجازة إذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما ما فإن أجاز حال قيام الاربعه جاز البيع لما ذكر أن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه

(قوله) فالجواب أن قوله لا تبع نهى عن البيع الخ) أقول وانما يجب لأن النهي يقتضى المشروعية كما سبق لانه يخرج إلى فساد البيع فليتأمل (قوله والقدرة على التسليم الخ) أقول فيه بحث فانه ذكر في مسألة بيع الآبق إذا عاقد من الآبق حيث لا يتم العقد في ظاهر الرواية ويحتاج إلى عقد جديدانه وقع باطلا فان جزء الحمل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فاعدم الحمل فشاقره هنا مخالف لذلك لأن يكون هذا مبنيًا على غير ظاهر الرواية وهو غير ظاهر

وكانت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والثمن مملوك للمالك امانة في يده الفضولي وان كان الثاني فيحتاج الى قيام خمسة اشياء ما ذكرنا من ( ٣١٢ ) الامور الاربعة وقيام ذلك العرض ايضا والاجازة اللاحقة اجازة تنفذ بان

واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة والفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفع الحق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينافان كان عرضا معيننا تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نفذ لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجهه والشراء لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك لا ينفذ باجازه الوارث في الفصلين لانه يتوقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازه غيره

بالاجازة ولا تلزم الاحياء والمالك لان الاجازة تكون منه لامن وارثه ( واذا اجاز المالك صار ) المبيع ملكا للمشتري ( والثمن مملوكا له امانة في يده ) أي في يده الفضولي فلو هلك لا يضمنه ( كالوكيل فان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ) من حيث انه باصارت تصرفه نافذا وان لم يكن من كل وجه فان المشتري من المشتري اذا اجاز المالك لا ينفذ بل يبطل بخلاف الوكيل وهذا بسبب أن الملك البات اذا طرأ على الموقوف وهو ملك المشتري من الفضولي يبطل الموقوف ولهذا الوتر وجه امة وطهم امولاها بغير اذنه فبات قبل الاجازة توقف النكاح الى اجازة الوارث لانه لم يطرأ ملك البات الوارث في البضع ليبطل وهذا بوجوب تقييد الوارث بكونه من الولاد بخلاف نحو ابن الم ( والفضولي ) أي في البيع ( أن يفسخ قبل اجازة المالك ) حتى لو اجاز لا ينفذ وال عقد الموقوف وانما كان له ذلك ( ليدفع الحقوق عن نفسه ) فانه بعد الاجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد اليه فيطالب بالتسليم ويخاصم في العيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه ( بخلاف الفضولي في النكاح ) ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل ( لانه معبر محض ) أي كناقيل عبارة قبل الاجازة تنقل العبارة الى المالك فتصير الحقوق منوطه به لا بالفضولي فلا يلزمه بالاجازة ضرر يتعلق بالحقوق وقد ثبت للمالك والوكيل حق أن يجيز وكذا بالفعل كان زوج امرأته رضاهما من غائب فقبل أن يجيز زوجته أختها وقف العقد الثاني أيضا بخلاف ما لو وكاه بعد عقد فصولا لأن زوجته امرأته فزوجه أختها فان العقد الاول يبطل لطرء البات على الموقوف ( هذا ) الذي ذكرناه فيما ( اذا كان الثمن دينافان كان عينا ) بأن باع الفضولي ملكا غيره بعرض معين بيع مقايضة اشترط قيام الاربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض واذا اجاز ملك المبيع والثمن عرض فالفضولي يكون يبيع مال الغير مشتري بالعرض من وجهه والشراء لا يتوقف اذا وجد نفذا فينفذ على الفضولي فيصير مالكا للعرض والذي تنفذه الاجازة انه اجاز للفضولي أن ينقذ عن ما اشتراه من ذلك العرض من ماله كأنه قال اشتره هذا العرض لنفسك وانقذه من مالي هذا اقرضك فان كان مثليا فعليه منه وان كان قيميا كثوب أو جارية فقيمة فيصير مستقرضا للجارية أو الثوب والقرض وان لم يجز في القيمات لكن ذلك اذا كان قصدا وهنا انما ثبت ضمانا مقتضى لصحة الشراء فيراعى فيه شرائط صحة المقتضى وهو الشراء لا غير كالكيل بالسلم فيه اذا أئناه من مال نفسه يصير مقرضا حتى يرجع بقيمته ان كان ثوبا لان الثوب يمثل في باب السلم فكذا فيما جعل تبعاله فكذا هنا اذا لصحة لشراء العبد الا بقرض الجارية والشراء مشروع فاني ضمنه يكون مشروعا هذا وانما ينفذ الشراء على المشتري اذا لم يصفه الى آخره وجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق بتوكيل للمشتري من آخر فلما ان كان كذلك فالشراء يتوقف وفي الوكيل ينفذ على الموكل فانه ذكر في شرح الطحاوي ولو اشترى رجل لرجل شيئا بغير امره كان ما اشتراه لنفسه اجاز الذي اشتراه له أو لم يجز أما اذا أضافه الى آخر بان قال للبائع بع عبدك من فلان بكذا فقال بعتم وقيل المشتري هذا البيع لفلان فانه يتوقف وقوله ( ولو هلك المالك لا ينفذ باجازه الوارث )

ينفذ البائع ما باع قسما لما لم يكن العقد لا اجازة عقد لان العقد لازم على الفضولي والعرض الثمن مملوك له وعليه مثل المبيع ان كان مثليا وقيمه ان كان قيميا لان الثمن اذا كان عرضا صار البائع من وجهه مشتريا والشراء اذا وجد نفذا ادى الى العقد لا يتوقف على الاجازة وكان للمالك انفسخ فكذا لكل من الفضولي والمشتري لان حقوق العقد ترجع الى الفضولي فله أن يتحرر عن التزام العدة بخلاف الفضولي في النكاح فان فسخه قبل الاجازة باطل لان الحقوق لا ترجع اليه وهو فيه معبر فاذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي ولو فسخت المرأة نكاحا قبل الاجازة انفسخ ولو هلك المالك لا ينفذ باجازه الوارث في الفصلين أي فيما اذا كان الثمن دينافا أو عرضا لانه يتوقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازه غيره واستشكل بما اذا تزوجت امة لرجل فوطئها امولاها بغير اذنه فبات المولى قبل الاجازة وورثها ابنه فان النكاح توقف على اجازة الامن فان اجاز صح والافلا في هذه فضولية وتوقف عملها على

اجازة الوارث اوجب بأن عدم التوقف لطريان الحل البات على الحل الموقوف لانه يبطل وهما لم يطرأ للوارث حل بات لكونهم موطوءة الاب فيتموقف دفعا بضرر عن الوارث اذ هو قائم مقام المورث حتى لو لم تكن موطوءة الاب يبطل نكاحهما

(ولو أجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع) من حيث الوجود والعدم (جاز البيع في قول أبي يوسف وأولاهو قول محمد لان الأصل بقاءه ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة وغو قيام المبيع فلا يثبت مع الشك فان قيل الشك هو ما استوى طرفاه وههنا طرف البقاء راجح اذا حصل البقاء لم يثبت (٣١٣) بالزيل وعهنا لم يثبتن أجيب بأن

الاستصحاب بجهة دافعة لا مثبتة ونحن ههنا نحتاج الى ثبوت الملك في المعقود عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح فيه جهة قال (ومن غصب عبد اقباعه وأعتقه المولى لا يجوز لانه لا يعتق بدون الملك قال عليه الصلاة والسلام لا يعتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة ثبت مستند او هو ثابت من وجهه دون وجهه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روي بناولهذا

قدمنا الكلام فيه وهو بخلاف القسمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف فان القسمة الموقوفة على اجازة الغائب الكبير جازت باجازة ورثته بعد موته استحسانا لانه لا فائدة في نقض القسمة ثم الاعادة وقول محمد القسمة مبادلة كالمبيع فلا يجوز باجازة ورثته هو القياس والاستحسان مقدم ولو هلك المبيع قبل الاجازة قبل التسليم فلا ضمان على أحد وان هلك بعده فالملك ان يضمن أيهما شاء البائع أو المشتري وأيهما اختار يرى الآخر من الضمان لتضمن التضمنين عليك كما اذا ملكك من أحدهما لا يتصور عليك من الآخر فان اختار تضمين المشتري بطل البيع الموقوف لان أخذ القيمة كأخذ العين ويرجع المشتري بالثمن على الفضولي لا بما ضمن وان اختار تضمين البائع نظر ان كان قبض البائع مضمونا عليه ينفذ ببيعها لان سبب ملكه وهو غصبه تقدم عقده وان كان قبض أمانة وانما صار مضمونا عليه بالتسليم لا ينفذ ببيعها بالضمان لان سبب ملكه تأخر عن عقده وذكر محمد في ظاهر الرواية انه يجوز البيع بتضمن البائع وهو محمول على انه سلمه أو لاحق صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كالمغصوب هذا اذا باعه بثمن دين فان كان بعين مما يتعين بالتعيين فهلك في يد البائع بطل البيع فلا تكفه اجازة ويرد المبيع على صاحبه ويضمن البائع للمشتري مثل العرض أو قيمته ان كان قيميا لانه قبضه بعقد فاسد (ولو أجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف وأولاهو قول محمد) رجهما الله (لان الأصل بقاءه) ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك (قوله ومن غصب عبد اقباعه فأعتقه المشتري ثم أجاز مولى العبد المبيع فالتق جاز) كذا ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكر خلافا لكنهم أفتوا بخلافه مع زفر في بطلان العتق وهذه من المسائل التي جرت المحاورة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال أبو يوسف ماروبت لك عن أبي حنيفة ان العتق جاز وانما رويت أن العتق باطل وقال محمد بل رويت أن العتق جاز واثبات مذهب أبي حنيفة في صحة العتق به اذا لا يجوز لتكذيب الأصل الفرع صريحاً وأقل ما هنا ان يكون في المسئلة روايتان عن أبي حنيفة قال الحاكم الشهيد قال أبو سليمان هذه رواية محمد عن أبي يوسف ونحن سمعنا من أبي يوسف انه لا يجوز زعمته وسبب ان شاء الله تعالى قالوا وقول محمد قياس وقول أبي حنيفة استحسان وجه قول محمد انه لا يعتق بلا ملك لقوله صلى الله عليه وسلم لا يعتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك (وقد ثبت في الآخرة) أي عند الاجازة (ثبت مستند او هو ثابت) وقت العتق (من وجهه دون وجهه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روي بنا) من هذا الحديث وقد سلف تخريجه (ولهذا) أي لاجل ان الشرط الكامل المدلول عليه

ولو أجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف رحمه الله وأولاهو قول محمد رحمه الله لان الأصل بقاءه ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك قال (ومن غصب عبد اقباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى المبيع فالتق جاز) استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رجهما الله لا يجوز لانه لا يعتق بدون الملك قال عليه الصلاة والسلام لا يعتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة ثبت مستند او هو ثابت من وجهه دون وجهه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روي بناولهذا

قدمنا الكلام فيه وهو بخلاف القسمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف فان القسمة الموقوفة على اجازة الغائب الكبير جازت باجازة ورثته بعد موته استحسانا لانه لا فائدة في نقض القسمة ثم الاعادة وقول محمد القسمة مبادلة كالمبيع فلا يجوز باجازة ورثته هو القياس والاستحسان مقدم ولو هلك المبيع قبل الاجازة قبل التسليم فلا ضمان على أحد وان هلك بعده فالملك ان يضمن أيهما شاء البائع أو المشتري وأيهما اختار يرى الآخر من الضمان لتضمن التضمنين عليك كما اذا ملكك من أحدهما لا يتصور عليك من الآخر فان اختار تضمين المشتري بطل البيع الموقوف لان أخذ القيمة كأخذ العين ويرجع المشتري بالثمن على الفضولي لا بما ضمن وان اختار تضمين البائع نظر ان كان قبض البائع مضمونا عليه ينفذ ببيعها لان سبب ملكه وهو غصبه تقدم عقده وان كان قبض أمانة وانما صار مضمونا عليه بالتسليم لا ينفذ ببيعها بالضمان لان سبب ملكه تأخر عن عقده وذكر محمد في ظاهر الرواية انه يجوز البيع بتضمن البائع وهو محمول على انه سلمه أو لاحق صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كالمغصوب هذا اذا باعه بثمن دين فان كان بعين مما يتعين بالتعيين فهلك في يد البائع بطل البيع فلا تكفه اجازة ويرد المبيع على صاحبه ويضمن البائع للمشتري مثل العرض أو قيمته ان كان قيميا لانه قبضه بعقد فاسد (ولو أجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف وأولاهو قول محمد) رجهما الله (لان الأصل بقاءه) ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك (قوله ومن غصب عبد اقباعه فأعتقه المشتري ثم أجاز مولى العبد المبيع فالتق جاز) كذا ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكر خلافا لكنهم أفتوا بخلافه مع زفر في بطلان العتق وهذه من المسائل التي جرت المحاورة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال أبو يوسف ماروبت لك عن أبي حنيفة ان العتق جاز وانما رويت أن العتق باطل وقال محمد بل رويت أن العتق جاز واثبات مذهب أبي حنيفة في صحة العتق به اذا لا يجوز لتكذيب الأصل الفرع صريحاً وأقل ما هنا ان يكون في المسئلة روايتان عن أبي حنيفة قال الحاكم الشهيد قال أبو سليمان هذه رواية محمد عن أبي يوسف ونحن سمعنا من أبي يوسف انه لا يجوز زعمته وسبب ان شاء الله تعالى قالوا وقول محمد قياس وقول أبي حنيفة استحسان وجه قول محمد انه لا يعتق بلا ملك لقوله صلى الله عليه وسلم لا يعتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك (وقد ثبت في الآخرة) أي عند الاجازة (ثبت مستند او هو ثابت) وقت العتق (من وجهه دون وجهه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روي بنا) من هذا الحديث وقد سلف تخريجه (ولهذا) أي لاجل ان الشرط الكامل المدلول عليه

(٤٠ - فتح القدر خامس) باطلاق ماروبت ولا يشك بالسكاتب فان اعتاقه جاز وليس المالك فيه كاملاً لان محل العتق هو الرقبة والمالك فيها كامل فيه واستوضح المصنف رحمه الله بفروع تؤنس ذلك وهو قوله (ولهذا) قال المصنف (وهو قول محمد لان الأصل بقاءه) أقول اذا الظاهر بقاءه ما وجد (قوله لان محل العتق هو الرقبة الخ) أقول لتعليل لقوله ولا يشك الخ (قوله ولهذا)

لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ( وهو رابع إلى قوله لانه لا يعتق بدون الملك وقوله ( ولأن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ) وهو راجع إلى قوله والموقوف لا يقيم الملك وقوله ( وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب ) يعني أن المشتري من الغاصب إذا باع من الغير ثم أجاز المالك البيع الأول لا يصح هذا البيع الثاني فكذلك إذا اعتق ينبغي أن يكون كذلك مع أن البيع أسرع نفاذا من العتق ألا ترى أن الغاصب إذا باع ثم ضمن نقديعه ولو أعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه وإذا لم ينفذ ما غرأ أسرع نفذا فلأن لا ينفذ غيره أولى ( قوله وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان وله أن الملك ) فيه ( ثبت موقوفا ) والاعتاق يجوز أن يثبت موقوفا ( ٣١٤ ) على الملك الموقوف وينفذ بنفاذه أما أنه ثبت فلا جودا لمقتضى وهو

لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولأن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه أسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب إذا أدى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان وله أن الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لفائدة الملك ولا ضرر فيه على ما هو مقتضى الوقف الاعتاق من تبعاعليه وينفذ بنفاذه فصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالدينون يصح وينفذ إذا قضى الدينون بعد ذلك

الملك الكامل ( لا يصح أن يعتقه الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا المشتري ) بشرط ( الخيار للبائع ثم يجيز البائع ) البيع ( وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أن البيع أسرع نفاذا ) من العتق ( حتى نفذ من الغاصب إذا أدى الضمان ) بعد أن باع ( وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان ) ولا الطلاق في النكاح الموقوف حتى إذا أجزى لا يقع على المرأة وكل من الطلاق والعتق في الحاجة إلى الملك على السواء وكذا إذا جعل فضولي أمرا أمرا أو رجل بيدها فطلعت نفسها ثم أجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التفويض فإن طلعت نفسها الآن طلعت حينئذ والألا ( وله أن الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لفائدة الملك ولا ضرر فيه على ما هو ) أول الباب ( فيثبت الاعتاق موقوفا من تبعاعليه ثم ينفذ بنفاذه ) ومطلق بفتح اللام واحترز به عن البيع بشرط الخيار فخرج جواب قوله لا يصح عتق المشتري والخيار للبائع لأن ذلك ليس بتصرف مطلق إذا كان بيعا منع ثبوته في حق الحكم لا باتا ولا موقوفا وقد يقرأ بكسر اللام والفتح أصح وبموضوع لفائدة الملك عن الغصب فخرج الجواب عن قوله لا ينفذ من الغاصب إذا أعتق ثم أدى الضمان على أن الغصب ليس سببا موضوعا لفائدة الملك انما يثبت الملك ضرورة أداء الضمان فهو بعرضية إن اعتبر سببا لانه وضع سببا فيقتصر على ذلك ولذا لا يتعدى إلى الزوائد المنفصلة بخلاف البيع إذا أجزى يثبت الملك في المنفصلة والمنفصلة وأما بيع المشتري من الغاصب فائما لا يصح منه لبطلان عقده بالاجازة فإن يثبت الملك للمشتري باتا والمالك البات إذا ودر على الموقوف أبطله وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مان فورته فهذا كله يبطل الملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات والافقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف ( وصار كاعتاق المشتري من الراهن ) فانه يتموقف بالاتفاق على اجازة المرتهن أو فلك الرهن والجامع انه اعتاق في بيع موقوف ( وكاعتاق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ إذا قضى الدين

التصرف المطلق الموضوع لفائدة الملك ولا تنفاد المانع وهو الضرر وأما أنه موقوف فلما تقدم وأما أن الاعتاق يجوز أن يثبت موقوفا على ذلك في القياس على اعتاق المشتري من الراهن يجمع كونه إعتاقا في بيع موقوف وبالقياس على اعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالدينون فانه يصح وينفذ إذا قضى الدينون بعد ذلك يجمع كونه إعتاقا موقوفا في ملك موقوف وهذا أبعد من الأول ذكره المصنف رحمه الله لا لا يظهر به واحترز بقوله المطلق عن البيع بشرط الخيار بقوله موضوع لفائدة الملك عن الغصب فانه ليس بموضوع لفائدة الملك وعلى هذا يخرج جواب محمد عن المسائل المذكورة فإن اعتاق الغاصب أعماله ينفذ بعد ضمان القيمة لأن الغصب غير موضوع لفائدة

الملك قال في النهاية وبهذا التعليل لا يتم ما ادعاه فانه رد عليه أن يقال لما كان غير موضوع لفائدة الملك وجب ( وأما ) أن لا ينفذ به وجه أيضا عند اجازة المالك كما لا ينفذ عتقه عند اجازة المالك لسانا كان من جواز البيع وجواز العتق محتاج إلى الملك والمالك هنا بالاجازة ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكره في المبسوط

لا يصح أن يعتق الخ) أقول وعندى معنى قوله ولهذا أى ولوكون المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك المستند قال المصنف ( وله أن الملك يثبت موقوفا الخ ) أقول لعلم ما يقول لأن في الجواب عن تعلقه بالحدث أن المراد باعتق هو العتق الكامل النافذ وهو عند نفاذ العتق مالك له ملكا تاما وان عم العتق للنافذ وغيره يعم الملك أيضا بالافرق فليست أم ( قوله وهذا أبعد من الأول الخ ) أقول لأن في الأول البائع مالك لربة المبيع والوقف خلق المرتهن



وقال وهذا بخلاف الغاصب اذا اعتق ثم ضمن القيمة لان المستند به حكم الملك لاحقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك بكني لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه وههنا ثابت للشترى من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا يستحق الزوائد المنفصلة والمنفصلة ولو قدر في كلام المصنف مضاف أى غير موضوع لافادة حقيقة الملك تساوى الكلامان على انه ليس بوارد لان البيع لا يحتاج الى ملك بل يكفي فيه حكم الملك والغصب ينفذه (قوله بخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع) جواب عن المسئلة الثانية فان البيع بالخيار ليس بطلاق فالسبب فيه غير تام فان قوله على اني بالخيار مقرون بالعقد نصا وقران الشرط بالعقد يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط فينقضه أصل العقد ولكن يكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله (قوله وبخلاف بيع المشتري من الغاصب) جواب عن الثالثة ووجهه ما قال لان الاجازة تثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملكه موقوف لغيره أبطله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد وفيه بحث من وجهين الاول ان الغاصب اذا باع ثم أدى الضمان يتقلب بيع الغاصب جائزا وان طرأ الملك الذي ثبت للغاصب بأداء الضمان على ملك المشتري الذي اشتري منه وهو موقوف الثاني أن طرأ الملك البات على الموقوف لو كان مبطالا لكان مانعا من الموقوف لان الدفع أسهل من الرفع لكنه ليس بمانع بديل ان انعقاد بيع الفضولي فان ملك المالك بات فكان يجب أن يمنع بيع الفضولي وليس كذلك وأجيب عن الاول بأن ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى الى ابطال حق المشتري وعن الثاني بأن البيع الموقوف غير موجود في حق (٣١٥)

والمنع انما يكون بعد الوجود أما الملك اذا أجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك بات فأبطل الموقوف لما ذكرنا ان الملك البات والموقوف لا يجتمعان في محل واحد وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود يرفع لمانع وفي الحقيقة هو مغالطة فان كلامنا في ان طرأ الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك طارئا حتى يتوجه السؤال وقوله (أما اذا أدى الغاصب الضمان)

بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بطلاق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم أصلا وبخلاف بيع المشتري من الغاصب اذا باع لان الاجازة تثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملكه موقوف لغيره أبطله وأما اذا أدى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رحمه الله وهو الاصح

وأما عتق المشتري من الغاصب (اذا أدى الغاصب الضمان) فنقول (ينفذ) كذا ذكره هلال الرأي ابن يحيى البصري في وقفه وهو من أصحاب أبي يوسف ذكر في غصب أرضا فباعها فوققفها المشتري ثم أدى الغاصب ضمانا حتى ملك قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان والعتق أولى وأما عدم وقوع الطلاق في النكاح الموقوف وفي التفويض الموقوف فالأصل فيه ان كل تصرف جعل شرعا سببا لحكم اذا وجد من غير ولاية شرعية فلم يستعقب حكمه وتوقف ان كان مما يصح تعليقه جعل معلقا والا حجبنا الى ان نجعله سببا في الحال متأخر احكامه ان أمكن فالبيع ليس مما يتعلق فيجعل سببا في الحال فاذا زال المانع من ثبوت الحكم بوجود الاجازة ظهر أثره من وقت وجوده ولذا ملك الزوائد وأما التفويض فيجتمل التعليق فيجعلنا الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة فعند هابث التفويض للحال لا مستندا فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وأما النكاح فلا يتعلق ولا يمكن ان يعتبر في حال التوقف سببا للملك الطلاق بل الملك المنفعة المستعقب له اذا ثبت وهذا لانه لا يثبت لاجل صحة الطلاق مقصود الان شرعيته لئلا ينفذ ذلك من انتظام المصالح بينهم ما لا يوقر المشتات بالفرقة فلا يثبت ذلك الانشاء على ثبوت المقصود أولا

جواب عن الرابعة وتقريره

أما اذا أدى الغاصب الضمان فلان سلم ان اعتاق المشتري منه لا ينفذ بل ينفذ كذا ذكره هلال في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى قال المصنف وهو الاصح ولئن سلم فنقول هناك المشتري يملكه من جهة الغاصب وحقيقة الملك لا تستند للغاصب كما تقدم فكيف تستندان بملكه من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه وههنا انما يستند الملك الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مال كاله حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد

(قوله ولهذا استحق الزوائد المنفصلة والمنفصلة) أقول الى هنا كلام صاحب النهاية (قوله بل يكفي فيه حكم الملك والغصب ينفذه) أقول يعني الغصب ينفذه حكم الملك (قوله الاول ان الغاصب اذا باع ثم أدى الضمان الخ) أقول انما قال ثم أدى الضمان لانه لو ملك الغاصب المغصوب من جهة المالك يبيع أو هبة أو أوارث بعد ما باعه من غيره بطل ذلك البيع لان الملك البات طرأ على الملك الموقوف فأبطله كذا في فتاوى التمرناشي في باب بيع عبد غيره (قوله والمنع انما يكون بعد الوجود) أقول قسر العلامة السكاكي قول صاحب النهاية بعد الوجود بقوله أى بعد وجود التعارض ومنه يمتنع لدفع نظر السارح فتحتمله (قوله وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود يرفع الخ) أقول وفيه بحث فان توجه السؤال من الظهور بحيث لا يمكن ان يخفى على أحد لاسيما اذا نظر الى قوله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد (قوله فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى) أقول الوقف تحرير الارض كما ان العتق تحرير العبد ولعل الاولوية من حيث لزوم الوقف يحتاج الى أمر غير لفظ وقت بخلاف الاعتاق

لم يدخل في ضمانه لأن ارش اليه واحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح مالم يضمن أو فيه شبهة عدم الملك لأن الملك يثبت يوم قطع اليد مستندا إلى وقت البيع وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يطيب الربح الحاصل به وفي الكافي إن لم يكن المبيع مقبوضا وأخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح مالم يضمن لأن العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان أخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود حقيقة وقت القطع وإنما ثبت فيه الملك بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه وهذا كما ترى (٣١٧) توزيع الوجهين في الكتاب على

الاعتبارين قال (فإن باعه المشتري من آخر الخ) يعني إن باع المشتري من الغاصب من شخص آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا من الإجازة يثبت للبائع ملك بات والمالك البات إذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به قبل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي أيضا لأنه يحتمل أن يجزى المالك بيعهما وإن لا يجزى مع ذلك أنه قد بيع الغاصب والفضولي موقوفهما وأجيب بأن غرر الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للمالك المذكور فيما تقدم فبالنظر إلى الغرر يفسد وبالنظر إلى النفع وعدم الضرر يجوز قتلنا بالجواز الموقوف عملهما لا يقال الغرر محترم فترجح لأن الصحة في العقود أصل

لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك قال فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لأنه لا يؤثر فيه الغرر

(لم يدخل في ضمانه) لما ذكرنا أن اليه من الآدمي نصفه والذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح مالم يضمن وهذا لأن ارش يد العبد نصف قيمته والحر نصف دية وعبي أن يكون نصف القيمة أكثر من نصف الثمن فلا يطيب له الفضل لأنه إنما دخل في ضمانه بالثمن لا بالقيمة وذكر المصنف وجهها آخر وهو أن (فيه شبهة عدم الملك) لأن الملك في الارش يثبت يوم القطع مستندا إلى يوم البيع وهو ثابت من وجه دون وجه وهو شبهة عدم الملك وأورد عليه ولو وجب التصديق لشبهة عدم الملك في الزوائد ينبغي أن يتصدق بالكل لأن في الكل شبهة عدم الملك لعين المذكور في بيان شبهة عدم الملك في الزوائد ولو قيل شبهة عدم الملك إنما تؤثر المنع مع كونه لم يضمن إلا بانقراض دفع بأن كونه لم يضمن يستقل بالمنع اتفاقا فلا حاجة إلى زيادة شبهة عدم الملك إذ لا نفيد شيئا ووزع في الكافي الوجهين فقال إن لم يكن العبد مقبوضا وأخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح مالم يضمن لأن العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان أخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود أي الملك حقيقة وقت القطع وإنما ثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه ولو كان المشتري من الغاصب أعنت العبد ثم قطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للعبد قال المصنف وهذه أي هذه المسئلة وفي بعض النسخ وهو (حجة على محمد) يعني كون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجويزه اعتاق المشتري من الغاصب إذا أجاز المالك بيع الغاصب فإنه إعتاق في ملك موقوف وهذا استحقاق ارش مملوك موقوف (والعذر له) أي جوابه بالفرق (بأن الملك من وجه يكتفي لاستحقاق الارش كالمالك إذا قطعت يده فأخذ ارشها ثم عجز فردي الرقفا) ن (الارش للمولى) مع أن ملكه فيه حال الكتابة من وجه لا من كل وجه (وكذا إذا قطعت يد العبد في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز) البائع (البيع) يكون (الارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر) حيث لا يكتفي فيه إلا الملك من كل وجه والثالث من الفروع ما ذكره بقوله (فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول) أي بيع الغاصب (لم يجز البيع) أي بيع المشتري من الغاصب من الآخر (لما ذكرنا) يعني قوله لأن الإجازة تثبت للبائع ملكا باتا إلى آخره (ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول) أي بيع الغاصب بخلاف الاعتاق عندهما أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف (فإنه) أي الاعتاق (لا يؤثر فيه غرر) الانفساخ بدليل أن المشتري لو أعنت العبد قبل قبضه يجوز ولو باعه لا يجوز وقد روى عن أبي حنيفة أنه

فعارضته على أن اعتبار الغرر مطلقا يستلزم اعتبار التروك اجماعا وهو أن لا يصح بيع أصلا لاسيما في المنقولات لاحتمال الفسخ بعد الانعقاد بل المبيع قبل القبض وأما غرر الانفساخ فيما نحن فيه فسال عما يعارضه إذا المشتري الأول لم يملك حتى يطلب مشتريا آخر فجرد البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ فلم ينعقد بخلاف الاعتاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجحهما الله لأنه لا يؤثر فيه الغرر ألا ترى أن البيع قبل القبض في المنقولات لا يصح لغرر الانفساخ والاعتاق قبل القبض يصح

(قوله إذا المشتري الأول لم يملك حتى يطلب مشتريا آخر) أقول فيه تأمل (قوله لغرر الانفساخ فلم ينعقد) أقول منظور فيه فإن الشراح صرحوا في كتاب الأكرام أن المقتضوب منه إذا أجاز بيعا من البيوع لو تناسخت المقتضوب العقود فنقد ما جازة خاصة ولو لم ينعقد لما نفذ

(FIA)

وهو لا يصلح أن يكون  
مقابلاً بالبدل بخلاف  
البيع الصحيح فإنه إذا قتل  
المبيع قبل القبض لا ينسخ  
لأن ملأه المشتري ثابت  
بأنه فإمكان إيجاب البدل  
فيكون المبيع قائماً بقيام  
خلفه وهو القيمة والمشتري  
بالخيار فإن اختار البدل  
كان البدل للمشتري قال  
(ومن باع عبداً غيره بغير  
أمره) رجل باع عبداً غيره  
بغيره أمره فقال المشتري  
أرد البيع لأنك بعته بغير  
أمر صاحبه ويجوز للبائع ذلك  
فأقام المشتري البيئة) أن رب  
العبد أو البائع أقرانه لم  
بأمر البائع يبيعه (لا تقبل  
بيئته) لأنها تفتي على صحة  
الدعوى فإن صح الدعوى  
صحَّت البيئة والا فلا وهما  
طلت الدعوى (للتناقض)  
لأن إقدام المشتري دليل  
على صحة الشراء وإن  
البائع يملك البيع ثم دعواه  
بعد ذلك أنه باع بغير أمر  
صاحبه دليل على عدم  
صحة الشراء وإن البائع  
ملك البيع فصل  
للتناقض المبطّل للدعوى  
لأنه متزامنة صحتهما قبول  
البيئة

قال المصنف (فإن لم يسه

يتوقف البيع كما يتوقف الاعتاق واستشكل هذا التعليل بأنه شامل لبيع القصور مطلقاً فاصلاً أو غيراً صائب إذ فيه غرر الانقضاء على تقدير عدم الإجازة ومع ذلك لا ينعقد موقوفاً وتطهراً لإجازة أوجب بأن هنالك معارضاً لغرر الانقضاء من جهة عليه وهو ما تقدم من تحقق المصالح المتعددة والقاصرة من غير شائبة ضرر وليس مثله بائناً في البيع الثاني لأنه لم يملكه المشتري الأول حتى يطلب مشترياً آخر فيجوز البيع الثاني عرضة للانقضاء فلم ينعقد أصلاً وإنما يجب تقديم ذلك المعارض لأنه لو اعتبر مجرد غرر الانقضاء بلا اعتبار النفع لم يصح بيع أصلاً لأن كل بيع فيه غرر الانقضاء خصوصاً في المنقولات لجواز هلاك البيع قبل القبض فيفسخ والمعتبر مانعاً غرر الانقضاء الذي لم يشبهه نفع وقرق العتاق بغير هذا بين إعتاق المشتري من الغاصب حيث يتقدم الإجازة وبين بيع المشتري من الغاصب حيث لا ينفذ بالإجازة بأن العتق منه للمالك فهو مقر للمالك حكماً والمقرر للشيء من حقوقه فإذا انبؤف بتوقفه والبيع إزالة بلائهم إن كان ضد المحض المحكم فلا يتوقف بتوقفه ولا ينفذ بنفاذه والدليل على الفرق بينهما أن المشتري إذا أعتق ثم أطلع على عيب يرجع بالنقصان ولو باع ثم أطلع على عيب لا يرجع والرابع ما ذكره بقوله (فإن لم يبيعه المشتري) لكن (مات في يده أو قتل ثم أجاز البيع) يجوز لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات وهذا في الموت ظاهر وأما في القتل فلم يعتبر إيجاب البذل للمشتري بالقتل فيكون المعقود عليه باقياً بقبوله فتصح الإجازة كما في البيع الصحيح إذا قتل فيه العبد قبل القبض فإن البيع لا يفسخ كما يفسخ بالموت بل يجعل قيامه بده كقيامه في صحة المشتري بين أن يختار البيع فيدفع الثمن ويرجع بيد العبد على قائده وبين أن يقسح فيصير إلى البائع فمدار الفرق بأنه لا ملك للمشتري من الغاصب حال القتل ملكاً يقابل بالبذل لأنه ملك موقوف والمالك الموقوف لا يقابل بالبذل بخلافه في البيع الصحيح (قوله ومن باع عبد غيره بغير أمره) قوله بغير أمره وإن وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسئلة بل صورته إباحة عبد غيره من رجل فأقام ذلك المشتري بينة على إقرار البائع أنه لم يأمره ماله ببيعه أو أقام على قول رب العبد ذلك وأراد بذلك رد العبد فإن هذه البيئة لا تقبل للتناقص على الدعوى إذا الإقدام على الشراء دليل دعواه صحته وإباحة بيعه ودعواه إقراره بعدم الأمر يناقضه اذ هو دليل أنه لم يصح له ملك البائع البيع وقبول البيعة بيني على صحة الدعوى حيث لم تصح لم تقبل ولو لم تكن بينة بل ادعى البائع بعد البيع أن صاحبه يأمره ببيعه وقال المشتري أمره وأدعى المشتري عدم الأمر فالقول لمن يدعى الأمر لأن الأمر مناقض إذا قدمه على البيع أو الشراء دليل اعترافه بالصحة وقد ناقض بدعواه عدم الأمر بخلاف الأمر لا يسأل له أن يستلطفه لأن الاستلطف لا يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة ذكره في شرح

الموادات

المشترى فسات في يده) أقول قال الاتفاق لم يذ كر محمد هذه المسئلة في الجامع الصغير ولكن ذكروها في  
شروحه وصاحب الهنداية أيضا ذكرها تقريرا انتهى فلا يكون قوله قال محمد في محلها إذ كره الاتفاق  
بوجوب الحدان كل موضع يذ كر فيه لفظة قال يريده محمد أو القدرى

لانه مناقض في دعواه لان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع وبصحته البيع وبهذه البينة ناقض  
 فرق بين هذا وبين ما ذكر في المأذون رجل اشترى عبدا وقيضه وتقد الثمن ثم أقام البينة ان البائع باع  
 العبد قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلت بينته مع انه مناقض ساع في نقض ما تحبه والثانية ما روى  
 ابن سماعة عن محمد اذا اوجب لرجل جارية فاستولدها الموهوب له ثم أقام الزاغب بينته انه كان دبرها  
 أو استولدها قبلت بينته فيرجع على الموهوب به بالجارية والمقر بقيمة الزاد مع انه مناقض ساع  
 في نقض ما تحبه وقرق أما في مسألة الزاغب فالفرق ان تناقضه فيها هو من حقوق الحرية كالتدبير  
 والاستيلاء والتناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى وعندى ان هذا غير صحيح لان التناقض انما قبل في دعوى  
 الحرية لانهم ما قد يخفى على المتناقض المدعى به باع اقراره بالرق والقاعل بنفسه للتدبير مثلا  
 والاستيلاء لا يخفى عليه فعل نفسه من استيلاءه ووطئه فيجب ان لا يقبل تناقضه ولا يحكم بينته وأما في  
 مسألة المأذون فبأنه لو أقام البينة على البيع من الغائب قبل البيع منه فقد أقامها على اقرار البائع انه  
 ملك الغائب لان البيع اقرار من البائع بانه مال الملك المشتري ثم مسألة الاستحقاق لو أقامها على  
 اقرار البائع انم الاستحقاق قبلت لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على البائع باقراره وهو خصم في ذلك  
 ويثبت ما ليس بثابت وهو اقرار البائع ولو كان مناقضا فالتناقض يرتفع بتصديق الخصم وهو يثبت بهذا  
 تصديق الخصم ويجوز ان تقبل البينة على اقرار الخصم ولا تقبل على نفس الحق كما قال علماءنا فمن في  
 يده عبد فادعاه رجل فأقام صاحب اليد البينة انه فلان الغائب لا تقبل بينته ما لم يردع الوصول اليه من  
 جهة الغائب ولو أقامها على اقرار المدعى تقبل وان لم يردع الوصول اليه من جهةه وقرق في شرح الزيادات  
 بين هذا وبين مسألة الجامع المذكورة في الهداية وهو انه لا تقبل بينة المشتري على اقرار البائع انه لم  
 يأمره كما لا تقبل على دعواه انه لم يأمره بانه وضع المسئلة في الجامع فيما اذا كان المبيع في يد المشتري فهو  
 سالم من حيث الظاهر وسلامة المبيع من حيث الظاهر تمنع الرجوع بالثمن فلا يكون مدعيه حتى  
 الرجوع وفي الزيادات وضع فيما اذا أخذت الجارية من يد المشتري فكان مدعيه لنفسه حق الرجوع  
 قال ولا يقال في مسألة المأذون المبيع في يد المشتري ومع هذا قبلت بينته لا تقول ذلك محمول على ما اذا  
 أخذ العبد من يده وهذا هو فرق المصنف وهو منظور فيه بأن وضع مسألة الزيادات أيضا في أن الجارية  
 في يد المشتري كما أسمعك فالاولى ما ذكر في القوائد الظهيرية عن بعض المشايخ ان مسألة الجامع محمولة  
 على ان المشتري أقام البينة على اقرار البائع قبل البيع أما اذا أقامها على اقراره بعد البيع ان رتب العبد  
 لم يأمره بالمبيع فتقبل لان اقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه اقرار البائع بعدم الامر قبل البيع  
 ولا يناقض دعواه اقراره بعدم الامر بعد البيع قال ومسألة الزيادات محمولة على هذا أيضا فتقع الغنية  
 عن التفرقة بين المسئلتين انتهى وقيل مسألة الجامع محمولة على اقرار البائع أو رتب العبد قبل البيع فلم  
 تقبل للتناقض والزيادات على الاقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت ومما يناسب المسئلة باع عبد  
 غيره بلا أمره ثم اشتراه من مولا ثم أقام البائع البينة انه اشترى العبد من مولا بعد بيعه أو ورثه بعد  
 البيع قال محمد تقبل بينته ويبطل البيع الاول ومن فروع مسألة الاستحقاق على ما في شرح الزيادات  
 ما لو قال المشتري للقاضي سل البائع ان الامة للمستحق أو ليست له اجابه القاضي الى ذلك لانه يدعي انه  
 مظلوم وله حق الرجوع عليه بالثمن باقراره فيسأله القاضي فان أقر بذلك ألزمه الثمن وان أنكر وطلب  
 المشتري تحليفه أجابه القاضي الى ذلك فمنهم من قال انما يحلفه لانه ادعى عليه معنى لأقر به يلزمه فإذا  
 جحد يستلزم كافي سائر الدعوى فانه قيل نعم هو كذلك لكنه مناقض لان شراءه اقرار منه بصحته ودعواه  
 انه ملك المستحق انكار ذلك ولهذا لا تقبل بينته وكذا لا تقبل البينة الا بعد دعوى صحيحة لا يستلزم

الابعد دعوى صحة دل عليه ما في المأذون اشترى عبد شياً ثم قال أنا محجور وقال البائع ما ذون فاراد  
 العبدان يقيم البيعة على ما ادعى لا تقبل ولا يستحق خصمه وان اقربه البائع يلزمه وذ كر في الجامع  
 ان المشتري لو اراد استخلاف البائع انك ما بيعته من فلان قبل ان تبيعه مني لم يكن لذلك وان اقربه  
 ان البائع يلزمه والجواب أن في مسئلتنا المشتري غير مناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد أصلاً ولا الثمن  
 فان بيع مال الغير منع قد ويدل المستحق ماله وانما ينكر وصف العقد وهو الزوم بعد الاقرار من  
 حيث الظاهر فكان متناقضاً من وجهه دون وجه فبطلناه مناقضاً في حق البيعة ولم نجعله مناقضاً في حق  
 اليمين ليكون عملاً في العمل على هذا الوجه أولى لان البيعة حجة متعددة فلو لم نجعل مناقضاً في حقها  
 لزمنا أن لا نجعل مناقضاً في حق اليمين بطريق الأولى بخلاف مسألة المأذون لان العبد منكر لحكم  
 العقد أصلاً لان شراء المحجور لا يوجب ملك الثمن فكان مناقضاً من كل وجه وبخلاف مسألة الجامع  
 لان عمه المبيع في يد المشتري فلا يكون له حق الخصومة وهذا على طريق الموافقة للصف في النقص قال ولو  
 لم تستحق الجارية ولكن ادعت أنها حرة الاصل فان أقر المشتري بذلك أو استخلف فنكل وقضى القاضي  
 بحريته لم يرجع المشتري على البائع أما حرية الجارية فلا انها كانت له من حيث الظاهر فصح اقراره  
 ولا يرجع على البائع لان نكوله واقراره حجة عليه دون غيره منهم من قال قوله فاستخلف فنكل غلط من  
 الكتاب لان الاستخلاف لا يجري في دعوى الرق في قول أبي حنيفة وعندنا ما يجري الا أن اليمين  
 تكون على الأمة فلا معنى لقوله فأبي المشتري اليمين ومنهم من قال بل هو صحيح لان موضوع المسئلة فيما  
 اذا بيعت الأمة وسلبت فانقادت لذلك فانقيادها كاقرارها بالرق فدعواها لحرية كدعوى العتق  
 العارض فيكون الثمن على المشتري لان الظاهر شاهد له فلو أن المشتري أقام البيعة على البائع أمها  
 حرة قبل بيئته ويرجع عليه بالثمن فرق بين هذا وبين الاستحقاق من وجهين أحدهما أنه ليس بمناقض  
 في فصل الحرية لانه فيما يظهر بينته انه أخذ الثمن بشيء ربحه وذلك دين عليه لان الحرية تنفي انعقاد  
 العقد وملك اليمين للبائع فكانت البيعة مظهرة أن اقدامه على الشراء لم يكن اقراراً بانعقاد العقد فلا  
 يتحقق التناقض أما الاستحقاق فلا يمنع انه قاد العقد ولا ملك الثمن للبائع فلو قبلنا بيعة المشتري انها  
 للمستحق لا يظهر بينته أنه المستحق لان اقدامه على الشراء اقرار بملك اليمين للبائع ومع بقاء ذلك  
 الاقرار يتحقق التناقض ويصير مكذباً بشهوده ساعياً في نقض ما تم به والوجه الثاني انه مناقض في  
 الفصلين الآن هذا تناقض لا يحتمل النقص فلا يمنع صحة الدعوى كما لو تزوج امرأة ثم أقامت البيعة  
 انها أخته من الرضاع أو أقامت البيعة انه طلقها ثلاثاً ثم تزوجها قبل أن تنكح غيره وكذا لو أعتق  
 عبده على مال ثم أقام العبد البيعة انه اعتهقه قبل ذلك قبلت واختلاف أصحابنا رجه هم الله فيمن باع  
 رضاء ثم أقام بيعة انه باع ما هو وقف منهم من قال لا يقبل لانه يحتمل الفسخ فصار كالبيع ومنهم من قال  
 تقبل لانه لا يحتمل الفسخ بعد القضاء فصار بمنزلة التدبير ونحوه وذكر أبو بكر الرازي رحمه الله انما تقبل  
 بيعة المشتري انها حرة لانها شهادة قامت على حرمة الفرج فتقبل من غير دعوى حتى لو كان من الأمة  
 عبد على قول أبي حنيفة لا تقبل وعلى قولها ما تقبل لانها شهادة على عتق العبد فلا تقبل من غير  
 دعوى والتناقض يمنع الدعوى ولو ادعى المستحق انما أمته أعتهقها أو دبرها أو ولدت منه فأقر المشتري  
 بذلك أو أبي اليمين وقضى عليه لا يرجع على البائع بالثمن لما قلنا فان أقام المشتري البيعة على البائع  
 بذلك ان شهد الشهود على ان ذلك كان قبل الشراء قبلت بيئته ويرجع عليه بالثمن لانه يثبت بينته  
 أنهم لم تدخّل في العقد فكان مدعي الدين فلا يكون مناقضاً فان شهد وأعلى ان ذلك كان بعد الشراء  
 بينهما لا تقبل بيئته لانها وقت العقد كانت مملوكة محلاً للعقد والاعتماد المتأخر لا يبطل الشراء السابق



قال (ومن باع دارا لرجل وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع) عند أبي حنيفة  
 رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخرا وكان يقول أولا يضمن البائع وهو قول  
 محمد رحمه الله وهو في مسألة غصب العقار وسنبيته إن شاء الله تعالى والله تعالى أعلم  
 بالصواب

(قوله ومن باع دارا لرجل) أي عرصة غيره بغير أجره وفي جامع غفر الاسلام معنى المسئلة إذا  
 باعها ثم اعترف بالغصب بعدما أدخلها المشتري في بنائه فكذلك المشتري (لم يضمن البائع عند  
 أبي حنيفة) لمن أقر بالغصب منه (وهو قول أبي يوسف آخرا) وكان يقول أولا يضمن وهو قول  
 محمد وهو في مسألة غصب العقار هل يتحقق أولا عند أبي حنيفة لا فلا يضمن وعند محمد نعم فيضمن  
 (فروع) تتعلق بهذا الفصل باع الامة فضولي من رجل وزوجها منه فضولي آخر فأجير معا نبت  
 الاقوى فتصير مملوكة لازوجة ولزوجها من رجل فأجير ابلا ولو باعها من رجل فأجير اتصف  
 بينهما ما ويخير كل منهما بين أخذ النصف أو الترك ولو باع فضولي وأجره آخر أو رهنه أو وزوجه فأجير معا  
 نبت الاقوى فيجوز البيع ويبطل غيره لان البيع أقوى وكذا نبت الهبة إذا وهبه فضولي وأجره  
 آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها لانهم الازمة بخلاف غيرها والاجارة أحق  
 من الرهن لافادتها ملك المنفعة بخلاف الرهن والبيع أحق من الهبة لان الهبة تبطل بالبيع  
 فقيم لا يبطل بالبيع كهبه فضولي عبدا وبيع آخر اياه يستويان لان الهبة مع القبض تساوي البيع  
 في افادة الملك وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيأخذ كل النصف ولو تباع غاصبا عرضي رجل واحد له  
 فأجاز لم يجز لان فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف وهما خاصان للمالك في البدلين بدون هذا  
 العقد فلم ينقد فلم تلحقه الاجارة ولو غصب من رجلين وتبايعا وأجاز المالك جاز ولو غصبا لثنتين من  
 واحد وعقد الصرف وتبايعا ثم جاز لان النقود لا تعين في المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين  
 مثل ما غصب وتقدم ان المختار في بيع المرهون والمستأجرانه موقوف على اجازة المستأجر والمرتهن فلو  
 وصل الى المالك بوفاء الدين أو البراء أو فسخ الاجارة أو تمام المدة تم البيع ولو لم يجز فالمشتري خيار الفسخ  
 اذا لم يعلم وقت البيع بهما وان علم فكذلك عند محمد وقيل هو ظاهر الرواية وعند أبي يوسف ليس له الفسخ  
 اذا علم وقيل هو ظاهر الرواية وليس للمستأجر فسخ البيع بخلاف ولا للرهن والمؤجر وفي المرتن اختلاف  
 المشايخ وفي مجموع النوازل بيع المقتبض موقوف ان أقرب الغاصب أو كان للغصوب منه بينة عادلة  
 فلو أجاز ثم البيع والا فلا ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع وقيل لانه خلف بدلا والاول أصح وروى  
 ابن سماعة عن أبي يوسف وبشر عن محمد أن شراء المقتبض من غاصب جاحد يجوز ويقوم المشتري بمقام  
 البائع في الدعوى وعن أبي حنيفة روايتان رجل غصب عبدا وباعه ودفعه الى المشتري ثم ان الغاصب  
 صالح المولى من العبد على شيء قال محمد ان صالحه على الدراهم والدنانير كان كأخذ القيمة من الغاصب  
 فينفذ بيع الغاصب وان صالحه على عرض كان كالبيع من الغاصب فيبطل بيع الغاصب ومن البيع  
 الموقوف بيع الصبي المحجور الذي يعقل البيع ويقصده وكذا اشراؤه على اجازة وليه والده أو وصيه  
 أو جده أو القاضى وكذا الذي بلغ سقيا والمعتوم وكذا بيع المولى عبده المأذون المديون يتوقف على اجازة  
 الغرماء في الصحيح خلافا لمن قال فاسد فلو قبض المولى الثمن فهلك عنده ثم أجاز الغرماء بيعه صححت اجازتهم  
 وبه لك الثمن على الغرماء وان أجاز بعضهم البيع ونقضه بعضهم بحضرة العبد والمشتري لا تصح الاجارة  
 ويبطل البيع ومنه بيع المريض عينا من وارثه يتوقف على اجازة الورثة أو وصية المريض فان صح من  
 مرضه نفذ وان مات منه ولم تجز الورثة بطل والله أعلم

قال (ومن باع دارا لرجل)  
 قيل معناه باع عرصة غيره  
 بغير أجره (وأدخلها المشتري  
 في بنائه) قيل يعني قبضها  
 وانما قيد بالدخال في البناء  
 اتفاقا (لم يضمن البائع) أي  
 قيمة الدار (عند أبي حنيفة  
 وهو قول أبي يوسف آخرا  
 وكان يقول أولا يضمن وهو  
 قول محمد وهو مسألة غصب  
 العقار) على ما سيأتي

﴿باب السلم﴾

لما فرغ من أنواع البيوع التي لا يشترط فيها قبض العوضين أو أحدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك وقدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض أحد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو في اللغة عبارة عن فوع يبيع معجل فيه الثمن وفي اصطلاح الفقهاء هو أخذ عاجل بأجل قيل فهو بالمعنى اللغوي إلا أن في الشرع اقترنت به زيادة شرائط ورد بأن السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل وحده فيه هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل يبيع أجل بعاجل لا يدفع ذلك وركنه ألايجاب والقبول بأن يقول رب السلم لا خراست اليك عشرة دراهم في كرت حنطة أو أسلفت فيقول ألا خراست و يسمى هذا رب السلم والأخر السلم اليه والحنطة السلم فيه ولو صدر الإيجاب من المسلم اليه والقبول من رب السلم صح بشرط جواز سبكه كوفي أثناء كلامه (٣٣٣) إن شاء الله تعالى قال (السلم عقد مشروع بالكتاب الخ) السلم عقد

﴿باب السلم﴾

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما ما شهد أن الله تعالى أحل السلف المضمون وأنزل فيها أطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه الآية

﴿باب السلم﴾

تقدم أن البيع ينقسم إلى بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم لأنه ما يبيع عين بثمن وهو المطلق أو قلبه وهو السلم أو عين بثمن فالصرف أو عين بعين فالمقايضة ولم يشترط في المطلق والمقايضة قبض فقد ماو بشرط في الآخرين ففي الصرف قبضهما وفي السلم قبض أحدهما فقدم انتقالا بتدرج وخص باسم السلم لتحقيق إيجاب التسليم شرعا فيصدق عليه أعنى تسليم رأس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم البقي لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم له ويعرف مما ذكر أن معناه الشرعي بيع أجل بعاجل وما قيل أخذ عاجل بأجل غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل وعرف أيضا أنه يصدق على عقده بلفظ البيع بأن قال المسلم اليه بعثك كذا حنطة بكذا إلى كذا ويذكر باقي الشروط أو يقول المسلم اشترت منك إلى آخره وفيه خلاف زفر وعيسى بن أبان وصحة المذهب عنه عدم الوجه لأن العبرة للمعنى ومعنى أسلمت اليك إلى كذا وبعتك إلى كذا في البيع مع باقي الشروط واحد وإن كان على خلاف القياس فذلك باعتبار أمر آخر لا بأمر يرجع إلى مجرد اللفظ وعرف أن ركنه ركن البيع وسبب شرعيته شدة الحاجة اليه وسبب كراهية المصنف شرائطه وأما حكمه فقبول المالك للمسلم اليه في الثمن ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة أما في العين فلا يثبت إلا بقبضه على انعقاد مبادلة أخرى على ما سيعرف والمؤجل المطالبة بما في الذمة ومعناه لغة السلف فاعتبر في الشرع كأن الثمن يسلمه المشتري للبائع ليقضه إياه وجعل إعطاء العوض للسلم اليه فيه قضاء كأنه هو وإذا أصبح الاستبدال فيه قبيل القبض وجعل الهزمة في أسلمت اليك للسلب بمعنى أزلت سلامة رأس المال حيث سلمته إلى مقلس ونحو ذلك بعيد ولا وجه له إلا باعتبار المدفوع هالك وصحة هذا الاعتبار تنوقف على غلبة نواته عليه وليس الواقع أن السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء (قوله وهو) يعني السلم (عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة) أخرج الحاكم في المستدرک بسنده وصححه على

﴿باب السلم﴾

(قوله أخذ عاجل بأجل) أقول يجوز أن يقال المراد أخذ ثمن عاجل بأجل بقرينة المعنى اللغوي إذا الأصل هو عدم التغير إلا أن ثبتت بدليل (قوله قيل فهو الخ) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله ورد بأن السلعة) أقول الرد لا تقاني (قوله ولو قيل يبيع أجل بعاجل الخ) أقول قوله ولو قيل الخ أيضا من كلام الاتقاني (قوله فإن قيل استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به) أقول إن أراد أنه لا معتبر به مطلقا فظاهر أنه ليس كذلك وإن أراد أنه لا معتبر به في نفي تناوله لمساعد ذلك السبب فسلم ولا يفهمه إذ لا ينزع أحد في تناوله للسبب وإن نوزع في تناوله لغيره كما لا يخفى فلا حاجة إلى اعتبار عموم اللفظ مع أن وجوده فيما نحن فيه محل تأمل وأيضا لو كان الاستدلال به لم يكن وجه الاستدلال لما روي عن ابن عباس فنافض آخر كلامه أولا



غير الدراهم والدنانير لانهم ما ائتمنوا المسلم فيه لا يكون مثقالا يصح السلم فيه ما لم قبل يكون باطلا وقيل يعتقد ببيع ما بين مؤجل  
تخصيصا للمقصد المتعاقدين بقدر الامكان والاعتبار في العقود للعاني (والاول قول عيسى بن ابيان والثاني قول ابي بكر الاعمش رحمه الله  
وهذا الاختلاف فيما اذا سلم حنطة او غير خا من العروض في الدراهم (٣٢٥) والدنانير لم يمكن أن يبيع بل يبيع حنطة

بدراهم مؤجلة بناء على  
أنهما قصد مبادلة الحنطة  
بالدراهم وأما اذا كان  
كلاهما من الاثمن بأن أسلم  
عشرة في عشرة دراهم أو في  
دنانير فانه لا يجوز بالاجماع  
وما ذكره عيسى أصح لان  
التخصيص انما يجب في محل  
أو جبا العدة ففيه وهما  
أو جباه في المسلم فيه وهو  
اذا كان من الاثمن لا يصح  
تخصيصه لانه لا تكون  
مقننا وتخصيصه في الحنطة  
تخصيص في غير ما أوجباه  
فيه فلا يكون صحيحا قال  
(وكذا في المذروعات لانه  
يمكن ضبطها) أي وكجواز  
السلم في المكيه آلات  
والموزونات جوارزه في  
المذروعات لسكونها  
كالمكيه آلات والموزونات  
في مناط الحكم وهو ما كان  
ضبط الصفة ومعرفته المقبول  
لارتفاع الجهة في جوارزها  
بهما وعلى هذا التقرير  
سقط ما قيل في انما يلحق  
بغيره دلالة اذا اتساوا يامن  
جميع الوجوه وليس المذروع  
مع المكيه أو الموزون  
كذلك لتفاوتهما في ما هو  
أعظم وجوه التفاوت وهو  
كون المذروع قيميا وهما  
مثليان لان المناط هو ما ذكرنا

غير الدراهم والدنانير لانهم ما ائتمنوا المسلم فيه لا بد أن يكون مثقالا يصح السلم فيه ما لم قبل يكون  
باطلا وقيل يعتقد ببيع ما بين مؤجل تخصيصا للمقصد المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للعاني  
والاول أصح لان التخصيص انما يجب في محل أو جبا العدة وفيه ولا يمكن ذلك قال (وكذا في المذروعات)  
لانه يمكن ضبطها بذكر الدرغ والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهة فيتحقق شرط صحة السلم  
وان كان على خلاف القياس قال المصنف رحمه الله والمراد بالموزونات أي التي يجوز السلم فيها  
(غير الدراهم والدنانير) أما الدراهم والدنانير فان أسلم فيها دراهم أو دنانير فلا تنافي أنه باطل وان أسلم غيرها  
من العروض ككثر حنطة أو ثوب في عشرة دراهم أو دنانير فلا يصح سلمها بالاتفاق لان المسلم فيه لا بد  
أن يكون مثمنا والنقد ائتمن فلا تكون مسلم فيها واذا لم يصح فهل يعتقد ببيع ما في الكبر والثوب بثمان  
مؤجلة أو يبطل رأسا حكى المصنف فيه خلافا (قيل بطل) وهو قول عيسى بن ابيان (وقيل يعتقد  
ببيع بثمان مؤجل) ولا يبطل وهو قول أبي بكر الاعمش وجعل المصنف وغيره قول عيسى بن ابيان أصح  
لان تخصيص العدة انما يكون في المحل الذي أوجب المتعاقدان البيع فيه لا في غيره وهما لم يوجباها الا في  
الدراهم ولا يمكن تخصيص العدة باعتبار ما قبل باعتبار الثوب ولم يوجباها فيه فكان في غير محله الا أن الاول  
عندى أدخل في الفقه لان حاصل المعنى الصادر بينهما ما اعطاه صاحب الثوب برضاه ثوبه الى الآخر دراهم  
مؤجلة وهذا من افراد البيع بلا تأويل اذ هو مبادلة المال بالمال بالتراضي وكونه أدخل الباء على الثوب  
لا يقدح في أن الواقع بينهما هو هذا المعنى وفيه تخصيص تصرفهما وادخال الباء على الثوب كادخالها  
على الثوب المقابل بالخر فيهما اذا اشترى خمر بثوب فانه لا يبطل بل يفسد وان كان يقتضي ان المبيع  
هو الخمر وهو مبطل باعتبار التخصيص لغرضه ما ما أمكن (قوله) وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها  
بذكر الدرغ والصفة والصنعة ولا بد منها أي من هذه الثلاثة لضبط الذي هو شرط الصحة وعرف  
من تعليله هذا ان شرط الصحة السلم كون المسلم فيه مضبوطا على وجه يمكن تسليمه من غير افضاء الى  
المنازعة فلهذا أجمع الفقهاء على جواز السلم في المذروعات من الثياب والبسط والحصر والبوارى اذا  
بين الطول والعرض وفي الايضاح يحتاج الى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباغ لبقاء التفاوت بعد  
ذكر الطول والعرض لانهما يختلف باختلاف الوزن فان الديباغ كلما ثقل ازدادت قيمته والحرير كلما  
خف زادت انتهى وهذا في عرفهم وفي عرف ثياب الحرير أيضا وهي المسماة بالكمناء كل ما ثقل ازدادت  
القيمة فالخاصل انه لا بد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل أو بالنخفة فان قيل ينبغي أن  
لا يصح السلم في غير المكيه والموزون لانه مشروع على خلاف القياس ولم يذكر في النص المقيده لشرعيته  
الا الكيل والوزن فلا يقاس عاينهما غيرهما لا يقال السلم مخصوص من عموم لا تبع ما ليس عندك  
ودليل التخصيص جاز أن يعلل ويلحق بالخارج غير مبهلانا نقول ذلك مقيد بما اذا لم يخالف حكم دليل  
التخصيص القياس لاتفاق كلمتهم على أن ما خالف القياس لا يقاس عليه غيره فالجواب أن شرعية  
السلم ليس من تخصيص العام بل من تقييد المطلق فالعام وهو فقط ما ليس عندك الواقع في سياق النسي  
وهو لا تبع مطلق بالنسبة الى ذكر الاجل فيما ليس عندك وعدمه وشرعية السلم تقييده بما اذا لم  
يذكر الاجل في المبيع أما اذا ذكر الاجل فيجوز بيع كل ما ليس عندك لا بعبءه ليكون تخصيصا بما ليس

اذا الجهة المنضية الى النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيميا أو مثليا فان قيل الدلالة لا تعمل اذا عارضها عبار وقد عارضها قوله لا تبع ما ليس  
عندك فانه عبارة اختصت منه المكيه والموزونات بقوله من أسلم منكم الحديث فبقي ما وراءهما تحت قوله لا تبع فالجواب أنا لا نسلم  
صلاحية ما ذكرنا للتخصيص لان القرآن شرطه وهو ليس بجوهر سلبا لكنه عام مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضا للدلالة

(قوله فالجواب أنا لا نسلم صلاحية ما ذكرنا) أقول هذا منج لا يضر

وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم القدر مضبوط  
 الوصف مقدور التسلیم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اصدار التفاوت  
 عنده بل كل ما ليس عنده بلاذ كراجل على عومه في منع البيع وكله مع ذكره يخرج من ذلك الحكم  
 لكن بشرط ضبطه ومعرفته كما ان ما عنده ايضا لا يجوز بيعه عن غير سلم مع جهالة وعدم ضبطه  
 فان اصل أن كله مع شرطه من الضبط يجوز بيعه بأجل ولا يجوز بيعه بأجل وكون المذكور في  
 الحديث الكيل والوزن ليس تعيينا لما ولا أمر بالخصوصهما على تقدير السلم بل حاصله أمر بتعيين  
 الاجل والكيل على تقدير السلم في المكيل بيان للشرط الصحة وهو عدم الجهالة يدل عليه سياق الحديث  
 وهو انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين والثلاث فقال من  
 أسلم في شيء من هذه الثمار فليكن الى أجل معلوم وفي كيل معلوم ثم انه صلى الله عليه وسلم زاد الوزن  
 ليفيد عدم الاقتصار على الكيل فان سبب شرعية بيع ما ليس عنده الحاجة الى الاستبراح والتوسعة  
 على المقل الرابح فان طيط بمنفعة ذلك من الاقدام على أخذ العاجل بالأجل واعطائه وشرط الضبط  
 ادفع المنازعة والقدرة على التسليم ولذا أجعوا على عدم الاقتصار على المكيل والموزون للقطع بأن  
 سبب شرعيته لا يختلف وهو الحاجة الماسة الى أخذ العاجل بالأجل وهي ثابتة من القرائن في  
 المذكور كما في أصحاب المكيلات والموزونات يفهم ذلك كل من سمع سبب المشروعية المنقول في أثناء  
 الاحاديث سواء كان له رتبة الاجتهاد أو لم يكن قلنا كان ثبوت السلم في المذروعات بالدلالة أعني دلالات  
 النصوص المتضمنة للسبب لمن سمعها فان قيل في المذروعات مانع وهو أن الضبط بالذرع وانه  
 بالكيل والوزن فلا يلحق بهما فاجواب حينئذ ان قلت الذرع لا يضبط القدر كما يضبط الكيل والوزن  
 فليس يصح بل الذراع المعين يضبط كمية المبيع بلا شبهة فيه والاختلاف فيه ليس في الصنعة ونحن  
 ما قلنا ان مجرد ذكر عدد الذرعان يصح السلم بل لابد من ذكر الاوصاف حتى يضبط كما أن المكيل  
 ايضا لا يكفي في صحة السلم فيه مجرد ذكر عدد الكيل بل لابد أن يذكر الاوصاف معه فقامل  
 هذا التقرير فان في غيره مضبوط والله أعلم (قوله) وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض  
 أي يجوز السلم فيها عددا (لان العددي المتقارب مضبوط بالعدد مقدور التسليم فيجوز السلم فيه) عددا  
 (والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اصدار التفاوت) بعد أن يكون من جنس واحد لان  
 التفاوت حينئذ يسير لا عبرة به ولذا لا يتابع بيضة بجاجة بفلس وأخرى بفلسين وهذا هو الضابط  
 في المعدود المتقارب وهو صريح عن أبي يوسف وعليه قول المصنف أعني ان ما تفاوتت ماليته متفاوت  
 كالبطيخ والقرع والرمث والرؤس والأكارع والسفرجل فلا يجوز السلم في شيء منها عددا للتفاوت في  
 المسألة الا اذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغنظ ونحو ذلك ومن المعدودات المتفاوتة الجوالقات  
 والفراء فلا يجوز فيها الا بالذكريات وأجازوه في الباذنجان والكاغدة عددا لاهدار التفاوت وفيه  
 نظر ظاهر أو يحمل على كاغدة بقال خاص والا لا يجوز وكون الباذنجان مهذرا للتفاوت لعله في باذنجان  
 ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك بخلاف بيض النعام وجوز الهنسل لا يستحق شيء منه بالاسلام في بيض  
 الدجاج والجوز الشامي والفرنج لعدم اصدار التفاوت من جنسين لكثرة التفاوت وبشرط مع العدد  
 بيان الصفة أيضا فلا يسلم في بيض النعام أو جوز الهنسل جاز كما جاز في الآخرين وعن أبي حنيفة انه  
 منع في بيض النعام ادعاء لتفاوت أحادي في المسألة وهو خلاف ظاهر الرواية والوجه أن يتظر الى  
 الغرض في عرف الناس فان كان الغرض في عرف من يبيع بيض النعام الا كل ليس غير كعرف أهل  
 البوادي يجب أن يعمل بظاهر الرواية فيجوز وان كان الغرض في ذلك العرف حصول القشر ليتخذ  
 في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيره من الامصار يجب أن يعمل به من الرواية فلا يجوز السلم فيها

(وكذا في المعدودات المتقاربة وهي التي لا تتفاوت) أحاديها  
 (كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم) فكان مناط الحكم موجودا كما في المذروعات (فجاز السلم فيه الحاقا بالكيل والموزون والكبير والصغير سواء لاصطلاح الناس على اصدار التفاوت) فانه قلنا يساع جـوز بفلس وآخر بفلسين وكذلك البيض



(بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده متفاوتا فاحشا) فصارا لضابط في معرفة العددي المتقارب عن التفاوت تفاوت الا حاد في المالبية دون الانواع وهذا هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله ويؤيد ذلك ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله أن السلم لا يجوز في بيع النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالبية ثم كما يجوز السلم فيها أي في المعدودات (٣٢٧) المتقاربة عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز

لانه عددي لا كيلى وعنه أنه لا يجوز عددا أيضا لوجود التفاوت في الآحاد وإنما أن المقدار حمرة يعرف بالعدد وأخرى بالكيل فأمكن الضبط بهم ما فيكون جائزا وكونه معدودا باصطلاحهما فجازا هذه والاصطلاح على كونه كيليا (قوله وكذا في الفلاس عددا) ذكره في الجامع الصغير مطلقا من غير ذكر خلاف لاحد وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وأما عند محمد فلا يجوز أي لا يجوز السلم في الفلاس لأنها أثمان والسلم في الأثمان لا يجوز ولهما أن الثمن في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليهما فلهما إبطالهما باصطلاحهما فإذا بطلت الثمن صارت ممتنا تتعين بالتعيين فجاز السلم وقد ذكرناه في باب الربا في مسألة بيع الفلاس بالفلسين ومن المشايخ من قال جواز السلم في الفلاس قول الكل وهذا القائل يحتاج إلى الفرق لمحمد بن البيع والسلم وهو أن كون المسلم فيه ممتنا من ضرورة

بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده متفاوتا فاحشا ويتفاوت الآحاد في المالبية يعرف العددي المتقارب وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في بيع النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالبية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر رحمه الله لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بكيل وعنه أنه لا يجوز عددا أيضا للتفاوت ولنا أن المقدار حمرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلاس عددا وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يجوز لأنها أثمان ولهما أن الثمن في حقهما باصطلاحهما مقبطل باصطلاحهما ولا تعود وزنا وقد ذكرناه من قبل (ولا يجوز السلم في الحيوان) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن

بعدد كذا العدد الامع تعيين المقدار واللون من نقاء البياض أو اهداره قال المصنف (وكما يجوز عددا في العددي المتقارب يجوز كيلا) وقال زفر لا يجوز لانه ليس بكيل بل معدود وعنه لا يجوز عددا أيضا للتفاوت بين آحاده قلنا أما التفاوت فقد أهدر فلا تفاوت إذ لا تفاوت في مالبته وأما كونه معدودا فسلم لكن لم لا يجوز كيلا مع أن اعتبار المقدار ليس الا بالضبط والضبط لم يخص في العددي بتعرف بطريق آخر فإن قبل الكيل غير معدول فيه لما بقي بين كل جزوتين وبعثتين من التخليل قلنا قد علمنا به ورضي رب السلم فأنما وقع السلم على مقدار ما علمنا هذا الكيل مع تخليله وانما يمنع ذلك في أموال الربا إذا قبلت بجنسها والمعدود ليس منها وكيلا إنما كان باصطلاحهما فلا يصير بذلك مكيلا مطلقا لكونه ربويا وإذا أجزأه كمالا فوزنا أولى (قوله وكذا في الفلاس عددا) أي يجوز السلم في الفلاس عددا هكذا ذكره محمد رحمه الله في الجامع من غير ذكر خلاف فكان هذا ظاهر الرواية عنه وقيل بل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وأما عند فلا يجوز بدليل منعه ببيع الفلاس بالفلسين في باب الربا لأنها أثمان وهذا ما أراد المصنف من قوله ذكرناه من قبل وإذا كانت أثمانا لم يجوز السلم فيها على ما ذكرناه وروى عنه أبو الليث الخوارزمي أن السلم في الفلاس لا يجوز على وفق هذا التخرج لكن ظاهر الرواية عنه الجواز والفرق له بين البيع والسلم أن من ضرورة السلم كون المسلم فيه ممتنا فإذا أقدم على السلم فقد تضمن إبطالها باصطلاحهما على الثمنية ويصح السلم فيها على الوجه الذي يتعامل فيها به وهو العد بحد بخلاف البيع فإنه يجوز ووروده على الثمن فلا موجب لخروجها فيه عن الثمنية فلا يجوز التفاضل فامتنع بيع الفلاس بالفلسين وقد تضمن الفرق المذكور جواب المصنف المذكور على تقدير تخريج الرواية عنه وقولنا يصح السلم فيها على الوجه الذي إلى آخره هو تقرير قول المصنف ولا يعود وزنا يعني إذا بطلت ثمنية لا يلزم خروجها عن العدديّة إلى الوزنية إذ ليس من ضرورة عدم الثمنية عدم العدديّة كالجوز والبيض بل يبقى على الوجه الذي تعرف التعامل به فيها وهو العد بالأأن يدره أهل العرف كما هو في زماننا فان الفلاس أثمان في زماننا ولا تقبل الاوزان فلا يجوز السلم فيها الاوزنا في ديارنا في زماننا وقد كانت قبل هذه الاعصار عدديّة في ديارنا أيضا (قوله ولا يجوز السلم في الحيوان) دابة كان أو رقيقا وهو قول الثوري والاوزاعي (وقال الشافعي) ومالك وأحمد (يجوز) للمعنى والنص أما المعنى (لأنه يصير معلوما) أي منضبطا (ببيان الجنس كالابل والسن كالخنع والسن)

جواز السلم فاقد أهمها على السلم تضمن إبطال الاصطلاح في حقهما ماقعدا ممتنا وليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع ممتنا فان بيع الأثمان بعضها يبيع بعض جائزا لا يقدم على البيع لا يتضمن إبطال الاصطلاح في حقهما فبقي ثمننا كما كان وقد سدد بيع الواحد بالاثنتين (قوله ولا يجوز السلم في الحيوان) وهو لا يخلو ما أن يكون مطلقا أو موصوفا والاول لا يجوز بلا خلاف والثاني لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالابل والسن كالخنع والثني

من الدين على الله عليه وسلم  
أمر عمرو بن العاص أن  
يشتري بهيرابيعيرين في  
شهر ربيع الأول وأجل وأنه  
عليه الصلوة والسلام  
استقرت بركه وأقضى  
رباعه وأسلم أقرب إلى  
أبراز من الاستقراض  
ونحن بعد ذكر الارصاف  
إلى اشتراط الخصم يفي  
تفاوت فاحش في المالبسة  
باعتبار المعاني الباطنة فقد  
يكون ثوبان متساويان في  
الارصاف الماد كزره ويزيد  
ثن واحد اعمار يادة فاحشة  
للع في الباطنة فيغضى الى  
المنازعة المانسية لوضع  
الاسباب بخلاف الثياب  
لانه مصنوع العباد فلما  
يتفاوت تفاوتاً فاحشاً بعد  
ذكر الارصاف وشراء البعير  
ببعيرين كان قبل نزول  
ابيه راوكان في دار الحرب  
ولارباين الحربى والمسلم  
فيها وتجهيز الجيش وان  
كان في دار الاسلام فقل  
الات كان من دار  
الحرب لعزم في دار الاسلام  
بومشذ ولم يكن القرض  
نابتا في ذمة رسول الله صلى  
الله عليه وسلم بدليل أنه  
قضاء من ابل الصدقة  
والصدقة حرام عليه فكيف  
يجوز أن يفعل ذلك

(قوله لنقل الات كان  
من دار الحرب الخ) أقول  
يعنى الات المهمة في

والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا انه بعد ذلك كرماد كريق فيسه تفاوت  
فاحش في المالبسة باعتبار المعاني الباطنة فيغضى الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فلما  
يتفاوت الثوبان ذاتهما على منوال واحد

كان مختاراً أو عشار (والنوع) كعربي ويحقي وحيتي (والصفة) كأجر وأمر وطويل أو أربعة  
(والتفاوت بعد ذلك يسير) وهو معتق بالاجماع والالم يصح مسلم أصلاً فإن الغائب لو بلغ في تعريفه  
النهاية لا بد من تفاوت بينه وبين المرفى فإن بين جيد وجيد من الخطة تفاوتاً لا يخفى وإن صدق اسم  
الطودة على كل منهما وكذا بين ثوب ديباج أحر وثوب ديباج أحر فعلم أن التفاوت اليسير مقتضى شرعاً  
فصار اسميان كالثياب والمكيل وأما النصر فخرى أبو داود عن محمد بن اسحق عن يزيد بن أبي حبيب  
عن مسلم بن حبيب عن أبي سفيان عن عمرو بن حريش عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى  
عليه وسلم أمره أن يجهز جيشاً فنقدت الابل فأمره أن يأخذ على قلائص الصدقة وكان يأخذ البعير  
بالبعيرين إلى ابل الصدقة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم وأخرج الطحاوي بسنده إلى  
أبي رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استلف من رجل بكر افقدت عليه ابل من ابل الصدقة  
فأمر أبا رافع أن يقضى الرجل بكرة فرجع إليه أبو رافع فقال لم أجدها إلا خياراً رابعياً فقال أعطه  
إياه إن من خيار الناس أحسنهم قضاء فدل على ثبوت الحيوان في الذمة وعن ابن عمر أنه اشترى راحلة  
بأربعة أبعرة بوفيهما صاحبها بالربعة وفي رواية بأربعة أبعرة مضمومة واستوصف بنو اسرائيل البقرة  
فوصفها الله تعالى لهم فعملوها بالوصف وقال صلى الله عليه وسلم لا يصف الرجل الرجل بين يدي  
أمراته حتى كأنها تنظر إليه ولا تصف المرأة المرأة بين يدي زوجها حتى كأنها تنظر إليها فقد جعل  
الموصوف كالمرئى وقد أثبت الشرع الغرة ومائة من الابل دية في الذمة وأثبت مهر في الذمة وصحة  
الدعوى بالحيوان الموصوف والشهادة به مع أن شرط الدعوى والشهادة كون المدعى والمشهد ونه  
معلوماً قلنا أما المعنى فيمنع أن بعد الوصف في الحيوان يصير التفاوت يسيراً بل هو بعد ذلك مما يصير معه  
تفاوت فاحش فإن العبد من المتساويين سنا ولونا وجنساً يكون بينهما من التفاوت في حسن السمية  
والاخلاق والادب وفهم المقاصد ما يصير باضعاف قيمة الآخر وكذا بين الفرسين والجمالين (بخلاف  
الثياب) فإنهم مصنوعة العبد بالخاصة فإذا التحدت لم تتفاوت الا يسيراً وكذا بين الجيدين من الخطة  
مثلاً بتفاوت خلق الله تعالى في غير الحيوان ذلك ولم يخلق الله تعالى الحيوان كذلك وقول المصنف رحمه  
الله (قلنا بتفاوت الثوبان إذا انسجعا على منوال واحد) يريد أنهم مائة تفاوتان قليلاً لا عدم التفاوت  
أصلاً كما هو استعمال قلنا فإن هذا الله عمل أعنى قل إذا كف بما استعمل للنفي كقوله وقلنا وصال على  
طول الصدود وديموم وحين علمنا أنه أراد قلنا التفاوت وجب أن تجعل ما مصدرية والمعنى قل التفاوت ولا  
يخفى ما في قول غير واحد من الشارحين إذا التحد الصانع والآلة التحد المصنوع من التماسل وأما  
النص المذكور فقال ابن القطان هذا حديث ضعيف مضطرب الاسناد فراه حاد بن سلمة هكذا ورواه  
جرير بن حازم عن ابن اسحق فأسقط يزيد بن أبي حبيب وقدم أباسفيان على مسلم بن حبيب ذكر هذه  
الرواية الدارقطى ورواه عفان عن حاد بن سلمة فقال فيه عن ابن اسحق عن يزيد بن أبي حبيب عن أبي  
حبيب عن مسلم عن أبي سفيان عن عمرو بن حريش ورواه عبد الاعلى عن ابن اسحق عن أبي سفيان  
عن مسلم بن كثير عن عمرو بن حريش ورواه عن عبد الاعلى أبو بكر بن أبي شيبة فأسقط يزيد بن أبي حبيب  
وقدم أباسفيان كما فعل جرير بن حازم إلا أنه قال في مسلم بن حبيب مسلم بن كثير ومع هذا الاضطراب فمرروا  
ابن حريش مجهول الحال ومسلم بن حبيب لم أجده ذكره ولا أعلمه في غيره هذا الاسناد وأبوسفيان فيه نظر  
انتهى كلامه فلا حجة فيه مع أنه معارض بما هو أقوى منه وهو ما أخرجه ابن حبان في صحيحه عن

في العصافير والجمادات التي  
تؤكل وأن السلم فيها لا يجوز  
أن يكون عندهم وتقريره  
أن عدم جواز السلم في  
الحيوان ليس لكونه غير  
مضبوط فانه يجوز في الديباج  
دون العصافير ولعل ضبط  
العصافير بالوصف أهون  
من ضبط الديباج بل هو  
بأب بالسنه لا يقال النهى  
عن الحيوان المطلق عن  
الوصف والمتنازع فيه هو  
الموصوف منه فلا يتصل  
بمحل النزاع لأن محمد بن  
الحسن ذكر في أول كتاب  
المضاربة أن ابن مسعود  
رضي الله عنه دفع مالا  
مضاربة إلى زيد بن خليفة  
فأسلمها زيد إلى عتريس  
ابن عرقوب في قلائص  
معاملة فقال ابن مسعود  
أردد مالنا لا تسلم أموالنا وهو  
دليل على أن المنع لم يكن  
لكونه مطلقا لأن القلائص  
كانت معلومة فكان لكونه  
حيوانا لا يقال في كلام  
المصنف تسامح لأن الدليل  
المذكور بقوله ولنا  
منقوض بالعصافير لأن  
ذكر ذلك لم يكن من حيث  
الاستدلال على المطالب  
بل من حيث جواب الخصم  
وأما الدليل على ذلك فهو  
السنه

وقد صرح ابن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع أجناسه حتى  
العصافير

سفيان عن معمر بن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن  
بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ورواه عبد الرزاق حدثنا معمر بن وهب وكذا رواه الدارقطني والبخاري قال الزاد  
ليس في الباب أجل اسناد من هذا وقول البيهقي انه عن عكرمة مرسل بسبب أن منهم من رواه عن معمر  
كذلك كانه هو مبنى قول الشافعي رحمه الله أن حديث النهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ثابت  
لكن هذا غير متبول بعد تصريح الثقات بابن عباس كما ذكرنا وكذا رواه الطبراني في معجمه عن داود بن  
عبد الرحمن العطار عن معمر بن وهب مسندا وغاية ما فيه تعارض الوصل والارسال من الثقات والحكم فيه للوصول  
كما عرف وقد تأيد بعد تحججه بأحاديث من طرق منها ما أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن الحسن عن  
سيرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وقول البيهقي أكثر الحفاظ  
لا يثبتون سماع الحسن من سيرة معارض بصحيح الترمذي له فانه فرغ القول بسماعه منه مع أن الارسال  
عندنا وعند أكثر السلف لا يقدح مع أنه قد يكون شاهدا مقويا فلا يضره الارسال وأيضا اعتضد  
بالوصول السابق أو المرسل الذي يرويه من ليس يروي عن رجال الآخرة وحديث آخر أخرجه الترمذي  
عن الحجاج بن أرطاة عن أبي الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيوان اثنين بواحد  
لا يصلح لئسا ولا بأس بيداً بيداً قال الترمذي حديث حسن كانه للخلاف في الحجاج بن أرطاة وحديث آخر  
أخرجه الطبراني عن ابن عمر نحوه سواء وقول البخاري مرسل وجوابه على نحو ما ذكرناه أنفا وتضعيف  
ابن معين لمحمد بن دينار لا يضر لذلك أيضا مع أنه ليس كذلك وأخرج الامام أحمد حديثا حسنا عن محمد بن  
حديثنا خلف بن خليفة عن أبي خباب عن أبيه عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم  
لا تبعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين فقال رجل يا رسول الله أ رأيت الرجل يبيع الفرس  
بالافراس والخبيبة بالابل قال لا بأس اذا كان يدا بيد وجعل هذه الأحاديث على كون النهى فيما اذا  
كان النساء من الجانبين حتى يكون بيع الكالي بالكالي تقييدا لا عم فانه أعم من ذلك فلا يجوز المصير  
إليه بالأموجب وقال المصنف رحمه الله (صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان)  
هو ما أخرجه الحاكم والدارقطني عن اسمعيل بن إبراهيم بن جوفى حدثنا عبد الملك الذماري حدثنا  
سفيان الثوري عن معمر بن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى  
عن السلم في الحيوان وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وتضعيف ابن معين بن جوفى فيه نظر بعد تعدد  
ما ذكر من الطرق الصحيحة واللسان مما هو بمعناه رفعه إلى الخبيبة بمعناه لما عرف في فن الحديث وكذا  
يجب أن يرجح على حديث أبي رافع أن صح لانه أقوى سنداً أعني حديث ابن حبان ولأن المانع يرجح  
على المبيح وفي الباب أثر أبي حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي قال دفع عبد الله بن  
مسعود إلى زيد بن خويلد البكري مالا مضاربة فأسلم زيد إلى عتريس بن عرقوب الشيباني في قلائص  
فلما حلت أخذ بعضها وبقي بعض فأعسر عتريس وبلغه أن المال لعبد الله فأنابه يسترفقه فقال عبد الله  
أفعل زيد فقال نعم فأرسل إليه فسأله فقال عبد الله أردد ما أخذت وخذ رأس مالك ولا تسلم مالا في شيء  
من الحيوان قال صاحب التنقيح فيه انقطاع عريدين إبراهيم وعبد الله فانه انما يروى عنه بواسطة علقمة  
أو الأسود لأن هذا غير قاض عندنا خصوصا من ارسال إبراهيم فقد تعارضت الأحاديث والطرق عن  
ابن عباس وسيرة وجابر وغيرهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في المطلوب وما ذكرنا من معرفة البقرة  
بالوصف فأنما ذكر الله لهم أوصاف ظاهرة ليطلبوها على معين موجود ولا شك في أن هذا مما تحصل به

قوله لا يقال في كلام المصنف  
تسامح أقول بعضني في

(٤٢) - فتح القدر خامس ) قوله في الحيوان ثم أقول فيه شيء الآن يقال في قوله تسامح تسامح والمعنى في كلام  
المصنف اعتراض (قوله لأن ذلك الخ) أقول جواب لقوله ولا يتوهم

قال (ولاني أطرافه كالرؤس والا كارع) للتفاوت فيها اذ هو عدي متفاوت لا مقدر لها قال (ولاني  
الحلوه عددًا

المعرفة وكلامنا في انه ينتهي معه التفاوت الفاحش مطلقا معناه وأما منعه صلى الله عليه وسلم وصف  
الرجل الحديث فالهوى الفتنة على السامع وهي لا تتوقف على انتفاء التفاوت الفاحش بين الوصف  
والشخص وأما ثبوته في الذمة في المهر والدية ونحوهما فلا أن الحيوان فيه ليس مقابلا لعمال وهو ظاهر  
فتجربى فيه المساهلة بخلاف ما قبل بحال فإنه تجربى فيه المشاحنة فخر ينأى على موجب ذلك وقلنا ما وقع  
من الحيوان بدل مال كالبيع منه لا يجوز أن يثبت في الذمة لما يجربى فيه من المشاحنة عادة بخلاف غيره  
كالهروم ومانعه فإنه ليس عوضا عن مال خرج من يدا الآخر فيجوز فعلنا بالآثار فيه ما لقاتل أن يقول كون  
لتفاوت بعد الأوصاف يبقى فاحشا لا يضر لأن ذلك باعتبار الباطن ولا يلزم المسلم إليه سوى ما تضمن  
ما ذكر من الأوصاف الظاهرة فإذا انطبق المذكور منها على ما يؤيده المسلم إليه حكم عليه بقبوله سواء  
كان التفاوت قليلا بحسب الباطن أو كثيرا لأن المعتقد عليه ليس الا الموصوف فقط نعم لو عين من  
الأوصاف المذكورة وجود الفهم والاخلاق الحسنة ينبغي أنه لا يجوز لأن ذلك لا يعرف الا بعد زمان  
الاختبار وبعد تجربى المنازعة في أن اخلاقه ماهي وفي تحريرها فالقرع في ابطال السلم في الحيوان ليس  
الا السنة وهكذا قال محمد بن الحسن لما سأله عمرو بن أبي عمرو قال قلت له انما لا يجوز في الحيوان لانه غير  
مضبوط بالوصف قال لا لأننا يجوز السلم في الديابيح ولا يجوز في العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف  
أهون من ضبط الديابيح ولكنه بالسنة وفي مبسوط شيخ الاسلام والعصافير وان كانت من العبدنيات  
المتقاربة لكنه في معنى المنقطع لانه لا يقتنى ولا يحبس للتولد ولا يتيسر أخذه ولا رجحان أخذه بتمام  
مقام الموجود بخلاف السمك الطرى لرجحان امكان أخذه وهذا يقتضى جواز السلم فيما يقتضى منها  
كالجمام والقرى وهو خلاف المنصوص عن محمد وقد روى عن أبي يوسف أن ما لا تتفاوت أحاده  
كالعصافير يجوز السلم فيها وفي لحومها وهو مشكل على الدليل لأننا علمناه بعدم الضبط فالعبرة لعين  
النص للمعنى النص وان اعتبرنا عمومها وجب أن لا يجوز فإن قيل فالسمك الطرى مخصوص من عموم  
الحيوان فجاز في العصافير قياسا على الثياب بقله التفاوت قلنا انما يتم لو شرط حياة السمك الطرى في  
المسلم فيه وليس كذلك بل كيفما كان حتى لو شرط ذلك كان لنا أن نمنع صحة السلم فيه (قوله ولا في أطرافه)  
أطرافه أي لا يجوز السلم في أطراف الحيوان (كالرؤس والا كارع) وهو جمع كراع وهو ما دون  
الركبة في الدواب قيل المانع مبنى على منع السلم في الحيوان وهذه ابعاضه وليس بشئ لانها لا يصدق  
عليها الحيوان ان كان النسي تعبدا ولا المعنى ان كان معاولا بالتفاوت الفاحش لان ذلك انما يكون في  
حالة الحياة وكان يلزم ان لا يجوز في الجلود لكنه جائز بدكر الطول والعرض والنوع والجلود ولذا يجوز  
السلم في الجلود وزنا والمصنف انما ذكر في منعه انما عددية متفاوتة ولا مقدر لها فامتنع السلم عددا وغب  
عددا لاتقاء المقدر وعندى لأبأس بالسلم في الرؤس والا كارع وزنا بعد ذكر النوع وباقي الشروط فان  
الا كارع والرؤس من جنس واحد حينئذ لا تتفاوت تفاوتا فاحشا وقول مالك يجوز بعدد بعدد  
النوع خلفه التفاوت جيد لكن يراد انهما رؤس عجائيل أو أبقار كبار ونحوه في الغنم فان التفاوت بعدد لا  
يسير (لا في الجلود عددا) وكذا الاخشاب والحوالفات والفراغ والسياب المخططة والخفاف والقلانس والآ  
يد ذكر العدد لقصده التعدد في السلم فيه ضبط الكمية ثم يذكرا ما يقع به الضبط كان يذكرا في الجلود مقدارا  
من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم وكذا في الاديم بأن يقول طائفي أو برغالي وفي الخشيش  
طوله وغلظه ونوعه كسنت أو حور ونحوه وقول بعضهم يجوز في الكاغذ بعدد المحمول على ما بعد تسمية  
طوله وعرضه ونخته ورقته ونوعه الا أن يعنى ذكر نسبته عن قدره كورق حموي وفي الجوالق طوله

قال (ولا في اطرافه كالرؤس  
والاكارع) والكرع مادون  
الركبة من الدواب  
والاكارع جعده لانه عددي  
متفاوت لامقدر له ولا في  
جوده لانها اتباع عددا  
وهي عديدة فيها الصغير  
والكبير فيفضي السلم  
فيها الى المنازعة ولا يتوهم  
انه يجوز وزنا لقيد عددا  
لان معناه انه عددي حيث  
لم يجز عددا لم يجز وزنا  
بطريق الاولى لانه لا يوزن  
عادة وز كرفي الذخيرة انه  
اثنان للجود ضرر بما عاوما  
يجوز وذلك لاتفاء المنازعة  
حفظ

(ولا في الخطب حرما) لكونه مجهولا من حيث طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك جاز كذا في المبسوط ولا في الرتبة بحر زابنهم الجيم  
بعد هاء مفتوحة وزاي وحى التبعة من الفت وشحوه للتفاوت الا اذا عرف ذلك ببيان طول ما يشبه الحزمة أنه شبر أو ذراع فانه يجوز اذا  
كان على وجه لا يتناوت قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا) وجود المسلم فيه من حين العقد الى حائل الاجل شرط لجواز  
السلم عندنا وهذا ينقسم الى ستة اقسام فصفة عقلية حاضرة وذلك لانه اما أن يكون موجودا من حين العقد الى الحائل أو ليس بموجود  
امسلا أو موجودا عند العقد دون الحائل أو بالعكس أو موجودا فيما بين ما أو معدوما فيما بين ما والاول جائز بالاتفاق والثاني فاسد  
بالاتفاق والثالث كذلك والرابع فاسد عندنا خلافا للشافعي والخامس فاسد (١٣٣)

خلافا للمالك والثاني  
له على الرابع وهو دليلهما  
على السادس وجود القدرة  
على التسليم حال وجوبه  
ولنا قوله عليه الصلاة  
والسلام لا تسلفوا في الثمار  
حتى يبدو صلاحها وهو  
حجة على الشافعي فانه عليه  
الصلاة والسلام شرط لصحة  
وجود المسلم فيه حال العقد  
ولان القدرة على التسليم  
انما تكون بالتحصيل فلا  
يضمن استمرار الوجود في  
مدة الاجل ليمتكن من  
التحصيل والمنقطع وهو  
مالا يوجد في سوقه الذي  
يبيع فيه وان وجد في  
البوت غير مقدور عليه  
بالاكتساب وهذا حجة عليهما  
واعترض بأنه اذا كان عند  
العقد موجودا كفي مؤنة  
الحديث واذا وجد عند  
الحل كان مقدورا للتسليم  
فلا مانع عن الجواز وأجيب  
بأن القدرة انما تكون  
موجودة اذا كان العاقد  
باقيا الى ذلك الوقت حتى

ولا في الخطب حرما ولا في الرتبة جزا) للتفاوت فيها الا اذا عرف ذلك بان بين له طول ما يشبه الحزمة انه  
شبر أو ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا  
من حين العقد الى حين الحائل حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجودا عند الحائل أو على العكس  
أو منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز) وقال الشافعي رحمه الله يجوز اذا كان موجودا وقت الحائل لوجود  
القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها  
ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليمتكن من التحصيل

ووسعه وكذا كل ما كان ميمزاه عن غيره فاطعاً للاشتراك (و) كذا (لا) يجوز (في) الخطب حرما ولا في  
الرتبة جزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين طول ما يشبه الحزمة أنه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز اذا  
كان لا يتفاوت وليس المني أن لا يجوز السلم فيها أصلا بل لا يجوز بهذا العقد ولو قدر بالوزن في الكل جاز  
وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الخطب الوزن فيجوز الاسلام فيه وزنا وهو أضبط وأطيب وكون العرف  
في شيء من بعض المقدرات لا يمنع ان يتعامل فيه بمقدار آخر يصطالحان عليه الا أن يمنع منه مانع شرعي كما  
قلنا في البيض كذا وعنه كان ظاهر المذهب جواز السلم في الحنطة وزنا بخلاف ما اذا قبل نحو الحنطة  
بجنسه وزنا وهو كيلي لماعرف في باب الربا ما السلم فليس يلزم فيه ذلك لان رأس مال السلم في الحنطة  
لا يكون حنطة وقد رخصنا بضبطه وزنا كي لا يصير تفاوت الحنطتين المتحدتين الوزن كيلا يهين هذا تضعف  
رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في الحنطة وزنا وذكر قاضيان أن الفتوى على الجواز لتعامل  
الناس ويجوز السلم في الفت وزنا والرتبة القصب والجزر بضم الجيم وفتح الراء الملهمة لجمع جرزة وهي  
الحزمة من الرتبة كحزمة الرميح ونحوه وأما الجزر بكسر الجيم وزاين أولهما مفتوحة فجمع جرزة وهي  
الصوف الجزوز (قوله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين الحائل) بكسر  
الحاء مصدر ميمي من الحائل (حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجودا عند الحائل أو على العكس أو  
منقطعاً فيما بين ذلك) وهو موجود عند العقد والحل (لا يجوز) وهو قول الاوزاعي (وقال الشافعي)  
ومالك وأحمد واسحق (اذا كان موجودا عند الحائل جاز) وان كان منقطعاً وقت العقد أو بينهما  
لان اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت الحائل فاشترطه في غير ذلك بلا موجب بل دليل  
نفيه عدم دليل وجوده لان نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي ولهم أيضا اطلاق الحديث  
المتقدم أعني أنه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة فوجدهم يسلفون في الثمر السنة والسنتين والثلاث  
فأناض في بيان الشرط الشرعي فلم يزد على قوله من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم  
فلا كان عدم الانقطاع شرطاً بينه وبينه لم يثبت بل لزم انه ليس شرطاً بكونه عنه بعد ثمر وعه في

لومات كان وقت وجوب التسليم عقيبها وفي ذلك شك ورد بان الحياة ثابتة فتبقى واجب بان عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت  
فيمتقي فان قيل بقاء الكيل في النصاب ليس بشرط في أثناء الحلول فليكن وجود المسلم فيه كذلك واجب بان وجوده كالنصاب وجوده  
لا ككيله ووجوده شرط فوجود المسلم فيه كذلك

(قوله وهذا ينقسم الى ستة اقسام الخ) أقول بل الى ثمانية اقسام والقسمان الاخيران أن يكون موجودا عند العقد وما بعده دون  
الحل وان يكون موجودا عند الحائل وما قبله دون وقت العقد الا أنهم ما مندرجان في قوله عند العقد دون الحل أو بالعكس (قوله  
فليكن وجود المسلم فيه) أقول فيه تأمل



(ولو انقطع بعد المحل قرب السلم بالخيار ان شاء قسح السلم وان شاء انتظر وجوده) لان السلم قد صح  
والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كباقي المبيع قبل القبض

بيان ما هو شرط على ما عرف في مثله قلنا بل فيه مدرك شرعي وهو ما رواه أبو داود وابن ماجه واللفظه عن  
أبي اسحق عن رجل نجراني قلت لعبد الله بن عمر أسلم في نخل قبل أن تطلع قال لا قلت لم قال لان رجلا أسلم  
في حديقة نخل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن تطلع النخل فلم تطلع النخل شيئا ذلك العام  
فقال المشتري أو خرك حتى تطاح فقال البائع انما النخل هذه السنة فاختصما الى رسول الله صلى الله  
عليه وسلم فقال للبائع أخذ من نخلك شيئا قال لا قال ثم تسجل ماله اردد عليه ما أخذت منه ولا تسجلوا في  
نخل حتى يبدو صلاحه وجه الدلالة انه اولا يصدق على السلم اذا وقع قبل الصلاح انه يبيع ثمرة قبل بدو  
صلاحها وفيه مجهول كآيت والحديث المعروف وهو انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى  
يبدو صلاحها فيكون متناولا للنهي ويدل عليه ما أخرج البخاري عن أبي الخثرى قال سألت ابن عمر  
عن السلم في النخل قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح وعن بيع الورق نساء  
بناجر وسألت ابن عباس رضي الله عنهما عن السلم في النخل فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع  
النخل حتى يؤكل منه فقد ثبت عن هذين الصحابين الكبيرين في العلم والتبصع انهما قهما من نهيه عن  
بيع النخل حتى يصلح بيع السلم فقد دل الحديث على اشتراط وجوده وقت العقد والاتفاق على اشتراطه  
عند المحل فلزم اشتراط وجوده عندهما على خلاف قولهم وأما لزوم وجوده بينهما فاما لعدم القائل  
بالفصل لان الثابت فائنان قائل باشتراطه عند المحل فقط وقائل عندهما وفيما بينهما فالقول باشتراطه  
عندهما لا غير احداث قول ثالث أو تقول ذلك بتعليل النص على اشتراطه عند العقد مع أن الاداء يتأخر  
عنه فلا يضطر اليه عنده بأن اشتراطه لا القدرة على التسليم ظاهر لان الظاهر استمرار الوجود وبالاتمرار  
يمكن من التحصيل فان أخذ السلم مظنة العدم وبالأخذ بذلك مظنة التحصيل شيئا قشياً في مدة الاجل  
وباعتبار المظنة تنطاط الاحكام فلا يلتفت الى كون بعض من يسلم اليه قد يحصله دفعة عند حلول الاجل  
كالذراع وأهل النخل فان ما يسلم فيه لا يحصى وأكثرهم يحصل المسلم فيه بدفعات رأيت المسلم اليه في  
الجلود أيدج عند حلول الاجل ألف رأس ليعطى جلودها رب السلم وكذا الاسماك الماخطة والطياب  
والاخشاب والاحطاب والاعمال والمشاهد في بعض من له نخل أو زيتون أن يأخذ أكثرهما  
يتحصل له ليعطى ما يخرج له ويشترى الباقي وكثير يأخذون ليسر بجوا في رأس المال وينفقوا من  
فضل الكسب على عيالهم ويحصلوا المسلم فيه قليلا قليلا لان وضع السلم شرعا لاعتبار ظن ما ذكرنا  
فيكون هو السبب في اشتراط الشرع وجوده عند العقد ثم الانقطاع الذي يفسد العقدان لا يوجد  
في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت ذكره أبو بكر الثلجي وتواردوا عليه وفي مبسوط  
أبي الليث ولو انقطع في إقليم دون اقليم لا يصح السلم في الاقليم الذي لا يوجد لانه لا يتحصل الا بمسقة عظيمة  
فيعجز عن التسليم حتى لو أسلم في الرطب بجاري لا يجوز وان كان بسجستان (ولو انقطع بعد المحل)  
أي حاول الاجل قبل التسليم لا يبطل العقد (لكن رب السلم بالخيار ان شاء قسح وان شاء انتظر وجوده)  
وقال زفر يبطل العقد وهو قول الشافعي ورواية عن الكرخي العجز عن التسليم قبل القبض فصار كالأول  
المبيع قبل القبض في المبيع المعين فان الشيء كالأثبت في غير محله لا يبقى عند قوته كالأول المشتري بفلس ثم  
كسدت قبل القبض يبطل العقد فكذا هنا ولو (أن السلم قد صح) ثم تعذر التسليم بعارض (عن شرف  
الزوال) فيختير المشتري (كأولاً بق المبيع قبل القبض) وهذا لان المعقود عليه ههنا دين ومحل الدين الذمة  
وهي باقية فيبقى الدين ببقاء محله واما تأخر التسليم اذا كان وجوده مرجوا بخلاف المبيع المعين  
فان بهلا كنه يفوت محل العقد وكذا الفلاس اذا كسدت قائم او ان كانت في الذمة لكن الثمن الكائن

(قوله ولو انقطع بعد المحل)  
يعني أسلم في موجود حال  
العقد والمحل ثم انقطع  
فالسلم صحيح على حاله  
ورب السلم بالخيار ان شاء  
قسح العقد وان شاء انتظر  
وجوده (لان السلم قد صح  
والعجز عن التسليم طارئ  
على شرف الزوال فصار  
كباقي المبيع قبل القبض)  
في بقاء المعقود عليه والعجز  
عن التسليم فان المعقود  
عليه في السلم هو الدين  
الثابت في الذمة وهو باق  
يبقاها كالعبد لا يبق وفي  
قوله والعجز الطارئ على  
شرف الزوال اشارة الى  
جواب زفر عن قياسه  
المتنازع فيه على هلاك  
المبيع في العجز عن التسليم  
وفي ذلك يبطل البيع  
فكذلك ههنا ووجهه أن  
العجز عن التسليم اذا كان  
على شرف الزوال لا يكون  
كالعجز بالهلاك لانه غير  
ممكّن الزوال عادة فكان  
القياس فاسدا

قال (ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما) لانه معلوم المقدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع (ولا يجوز السلم فيه عددا) للثفاوت قال (ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما) لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عند أبي حنيفة قال (ولا خير في السلم في اللحم عند أبي حنيفة رحمه الله وقال اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز) لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراره وزنا ويجوز فيه ربا الفضل

فيما قالوا هي آتمان ولا وجود لها بعد الكساد فيفوت الحبل ثم هو ليس على شرف الزوال بل الظاهر استمراره في الوجود بخلاف ما نحن فيه لان لادراك الزرع والثمار وانما معلوما وكذا غيرها أو ان يكثر وجودها فيه من السنة برخص (قوله ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما) بأن يقول بوري أو راي وفي أسماك الاسكندر به الشفش والدونيس وغيرها (لانه) حيثئذ معلوم المقدر مضبوط الصفة مقدور التسليم ولا يجوز السلم فيه عدد الثفاوت في الخفة وأما الصغار فيجوز فيه كملا ووزنا سواء فيه الطري والمالح وفي المغرب سمك ملج وملوح وهو المقدد الذي فيه الملح ولا يقال مالح الا في لغة رديئة قال بعض الشارحين لكن قال الشاعر

بصريه تزوجت بصريا \* أطعمها المالح والطريا

ثم نقل عن بعض المشايخ وكفي بذلك حجة للفقهاء وظاهر هذا الاستدراك أنه ليس بردي ولم يجسد سوى هذا البيت وهو لا ينافي قول المغرب الا في لغة رديئة و ليس لهذا الاستدراك فائدة بل قال ابن دريد ملح وملج ولا يلتفت الى قول الرازي \* أطعمها المالح والطريا \* ذلك مولد لا يؤخذ بلغته وأما الطري فيجوز حين وجوده وزنا أيضا فاذا كان ينقطع في بعض السنة كما قيل انه ينقطع في الشتاء في بعض البلاد فلا ينقطع في الشتاء ولو أسلم في الصيف وجب أن يكون منتهى الاجل لا يبلغ الشتاء وهذا معنى قول محمد لا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه يعني أن يكون السلم مع شروطه في حينه كي لا ينقطع بين العتد والحلول وان كان في بلد لا ينقطع جازم مطلقا وزنا لا عددا لما ذكرنا من الثفاوت في أحاده وعن أبي حنيفة في الكبار التي تقطع كما يقطع اللحم لا يجوز السلم في لحمها اعتبارا بالسلم في اللحم فانه يمنع السلم في اللحم وعن أبي يوسف منع السلم في الكبار وزنا مع إجازته في اللحم فان هناك يمكن اعلام موضع القطع الجنب أو الظهر أو الفخذ ولا ينافي في السمك ذلك وطعن بعضهم على محمد في قوله في حينه لان الاصطيد يتحقق في كل حين مدفوع فان الانقطاع عدم الوجود في بعض البلاد وفي بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطيد اذ لم يذكره (قوله ولا خير في السلم في اللحم) وهذه العبارة تامة كيد في نفي الجواز كقوله لا خير في استقرار الخبز وقول من قال ان المجتهد يقول فيما يستخرج من الحكم بالرأي تحرزا عن القطع في حكم الله تعالى بالرأي بعيد فكل الاحكام القياسية المنظمة معبر عنها في الفقه بلا يجوز كذا أو يجوز كذا وكذا وكذا لان هذا القبيل لانه قد استقر عند أهل العلم أنهم امنظنون لامة طوعات وأيضا المجتهد قاطع بأن حكم الله في حقه ذلك (وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة) ككونه ذكرا أو خصيا وسميما بعد ان بين جنسه من نحو الضأن وسنه ثني ومن الفخذ أو الكتف أو الجنب مائة رطل وفي الحقائق والعيون الفتوى على قولهما وهذا على الاصح من ثبوت الخلاف بينهم وقد قيل لا خلاف فنع أي حنيفة فيما اذا أطلقا السلم في اللحم وقولهما اذا بينا ما ذكرنا ووجهه انه موزون في عادة الناس مضبوط بما ذكرنا من الوصف وقوله ولهذا يضمن بالمثل استدلال على كونه موزونا وكذا كونه مضمونا بالمثل جائزا لاستقراره وما ذكرنا من العادة المستقرة فيه في

أن يكون في المالح أو الطري فان كان في المالح جازي ضرب معلوم ووزن معلوم لكونه مضبوط القدر والوصف مقدور التسليم لعدم انقطاعه وان كان في الطري ان كان في حينه جاز كذا وان كان في غير حينه لم يجز لكونه غير مقدور التسليم حتى لو كان في بلد لا ينقطع جاز وروى عن أبي حنيفة انه لا يجوز في لحم الكبار التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم في الاختلاف بالسمن والهزال

ووجه الرواية الاخرى ان السمن والهزال ليس بظاهر فيه فصار كالمغارقيل يقال سمن وملح وملوح ولا يقال مالح الا في لغة رديئة وهو المقدد الذي فيه ملح ولا معتبر بقول الرازي

بصريه تزوجت بصريا \*

يطعمها المالح والطريا

لانه مولد لا يؤخذ بلغته

قال الامام الزرعي كفي

بذلك حجة للفقهاء قال (ولا

خير في السلم في اللحم) خير

نكرة وقعت في سياق النفي

فتفيد نفي أنواع الخير بعومه

ومعناه لا يجوز على وجه

المبالغة قال أبو حنيفة

لا يجوز السلم في اللحم وقال

اذا وصف منه موضعا

معلوما بصفة معلومة جاز

لكونه موزونا معلوما

كسائر الموزونات ولهذا

يجوز ضمانه بالمثل واستقراره وزنا ويجوز فيه ربا الفضل

فان قيل لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم اجاب بقوله لانه لا يمكن وصف موضع منه وهذا البشير الى ان عدم الجواز فيه متفق عليه وفي تعليقه تأمل لانه ان لم يمكن وصف موضع منه فوصفه ممكن بأن يسلم في لحم الدجاج مثلاً يبين سنه وهزاله وسنه ومقداره ومن المشايخ من حمل المذكور من لحم الطيور (٣٣٤) على طيور لا تقتنى ولا تحبس للتواذ فيكون البطالان بسبب أنه أسلم في المنقطع

والسليم في مثله غير جائز عندهم اتفاقاً وان ذكر الوزن فاما فيما يقتضى ويحبس للتواذ فيجوز عند الكل لان ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كعظم السمك واليه مال شيخ الاسلام وهذا يقوى وجه التأمل ولا يبي حنيقة طريقان أحدهما ان اللحم يشتمل على ماهو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ماهو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود ألا ترى انه تجرى اما كسبة بين البائع والمشتري في ذلك بالتدليس والنزاع فكان المقصود مجهولاً جهالة تقضى الى المنازعة ولا ترتفع ببيان الموضع والوزن وهذا يقتضى جوازه في منزوع العظم وهو مختار محمد بن النجاشي والثاني ان اللحم يشتمل على السم والهزال ومقاصد الناس في ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقاة الكلا وكثرته والسلم لا يكون الاموئحلا ولا يدري انه عند المحل على أى صفة يكون وهذه الجهة مفضية

يختلف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله أنه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته أو في سنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهة مفضية الى المنازعة وفي مخالوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمن بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة ولان القبض يعين فيعرف مثل المقبوض به في وقته أما الوصف فلا يكتفى به سائر الاقطار قاطع فيه وما فيه من العظم غير مانع لانه اذا سمى موضعاً ومعلوم أنه فيه عظم كان تراضياً على قطعه بما تضمنه من العظم ولانه ثابت بأصل الخلقة كالنوى في الثمر ولذا اجاز السلم في الالبسة مع انه الاختصاص من عظم والسلم قيمه او في الشحم بالاجماع (يختلف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه) لان عضو الطير صغير وهذا ظاهر في منعه مطلقاً وحاصل الكلام فيه أن ما لا يصاد من الطيور لا يجوز السلم فيه ولا في لحمه وما صيد قليل هو على الخلاف عندهما يجوز وعنده لا يجوز وقيل يجوز عند الكل لان ما فيه من العظم لا يعتبره الناس وهو الصحيح فيجب أن يكون محمل ما في الكتاب من المنع مطلقاً في مخالوع العظم فان العلة حينئذ ثابتة ثم يجب أنه اذا أسلم في مائة رطل من لحم الدجاج مثلاً أن يعين الموضع بعد كونه بعظم فان من الناس من لا يحب الصدر منها فيقول أورا كأو غير الصدر أو ينص على صدرها وأورا كها فان أطلق فقال من لحم الدجاج السمين يجب أن لا يجوز للمنازعة بسبب ما ذكرنا لاختلاف اغراض الناس ولا يبي حنيقة رضى الله عنه وجهان أحدهما أنه يقع سلماً في المجهول لتفاوت اللحم بقلة العظم وكثرته بخلاف لحم السمك فان مضمونه من العظم قليل معلوم اهداره بين الناس ولذا هو فرق بين لحم السمك وغيره وقوله ما اذا سمى موضعاً كان تراضياً على قطعه بما تضمنه من العظم قلت للشاهد في بيع اللحم حالاً بعظمه بحر ان المما كسبة بين البائع والمشتري في العظم حتى ان المشتري يستكثره فيأمره بزع بعضه والجزأ يدسه عليه فكيف في المؤجل المستأخر التسليم وعلى هذا الوجه يجوز السلم في مخالوع العظم وهو روية الحسن عنه ثانيهما أنه يختلف بحسب الفصول سمنا وهزالاً فلو سمى السمين قد يكون انتهاء الاجل في فصل الهزال وخاصل هذا الوجه أنه أسلم في المنقطع وعلى هذا لا يجوز في مخالوع العظم وهو روية ابن شجاع عنه قال المصنف (وهو الاصح) لان الحكم المعلن بعلتين مستقلتين ثبتت مع احدهما كما ثبتت معهما وقولهما يضمن بالمثل ممنوع عند كرفي باب الاستحقاق من الجامع الكبير فيمن غصب لحماً فاشواه ثم استحقه رجل لا يسقط ضمان الغصب والمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم قبل ولا تو جدر روية بأنه من ذوات القيم الا هنام الجامع الكبير لكن ذكر صاحب الفتاوى الصغرى انه رأى وسط غصب المنتقى ان أبا يوسف روى عن أبي حنيفة اذا استهلك لحماً قال عليه قيمته وحل عبارة المصنف (أن القبض) أى قبض اللحم القرض (يعين فيعرف مثله به) أى بالمقبوض أما السلم فليس فيه مقبوض معين بل مجرد وصف فلا يكتفى به الى آخر ما ذكرنا وكذا الاستقراض وزناً أيضاً ممنوع بل ذلك مذهبهما وبعد التسليم أى تسليم ان ضمان اللحم بالمثل كما اختاره الاسيحياني أنه يضمن بالمثل الآن يتقطع من أيدي الناس وهو الوجه لان جريان ر بالفضل فيه قاطع بأنه مثلي فيفرق بين الضمان والسلم بأن المعادلة في الضمان منصوص عليها وتعام المعادلة بالمثل لأنه مثل صورة ومعنى أما القيمة فمثل معنى فقط لان الموجب الاصلى رد العين والمثل أقرب الى العين بخلاف القيمة وكذا بتقدير تسليم استقراضه فالفرق بين

الى النزاع ولا ترتفع بالوصف وهذا يقتضى عدم جوازه في مخالوع العظم وهذا هو الاصح (قرله والتضمن بالمثل) السلم جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل بالمنع وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة لان فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض يعين أن الاستقراض حال فيعرف حال مثل المقبوض ولا تقضى الجهة الى المنازعة والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع به الجهة فلا يكتفى به

قال (ولا يجوز السلم الامو حلا) السلم الحلال لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى استدل باطلاق رخص في السلم لا يقال مطلق  
فيحمل على المقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام الى أجل معلوم لما نذر كره ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من أسلم منكف فليس في كيل  
معلوم وزن معلوم الى أجل معلوم شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فان قيل معناه من اراد سلمامو حلا فليس الى  
أجل معلوم وبه نقول والحصر ممنوع وحينه لم يبق مقيد فيحمل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم ووزن معلوم فانه  
لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم (٣٣٥) ان كان كيليا ووزن معلوما ان كان

وزنيا فيقدر الى أجل معلوم  
ان كان مو حلا فلا جواب أن  
قضية العقل كفت مؤنة  
التمييز فلا حاجة الى التقدير  
لانه خلاف الاصل سلمناه  
ولكن لا يلزم من تحمل  
المحدود لضرورة تحمله  
لا لضرورة ولا ضرورة في  
التقدير في الاجل لا يقال  
العمل بالدلائل ضرورة فيتحمل  
التقدير لاجله لان قوله  
رخص في السلم يدل على  
جوازه بطريق الرخصة وهي  
انما تكون لضرورة ولا  
ضرورة في السلم الحلال على  
أن سوق الكلام لبيان شروط  
السلم لا لبيان الاجل  
فليتأمل ولان السلم شرع  
رخصة لدفع حاجة المفاليس  
اذ القياس عدم جواز بيع  
ماليس عند الانسان وما  
شرع لذلك لابدوان يثبت  
على وجه يدفع به حاجة  
المفاليس والالم يكن مفيدا  
لما شرع له والسلم الحلال ليس  
كذلك لان دفع الحاجة  
يعتمد الحاجة والمسلم اليه فيه  
اما أن يكون قادرا على  
التسليم في الحال أولا فان كان

قال (ولا يجوز السلم الامو حلا) وقال الشافعي رحمه الله يجوز حلا لا لاطلاق الحديث ورخص في السلم  
ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الى أجل معلوم فيما روينا ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد  
من الاجل لم يقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقى على الثاني

السلم والقرض أن القبض في القرض معين محسوس فامكن اعتبار المقبوض ثانيا بالاول اما السلم  
فانما يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا تعرف مطابقة للوجود عند القبض كعرفة  
مطابقته بعدد روية المقبوض الموجب للثبوت وهذا معنى قوله اما الوصف فلا يكتفى به اى لا يكتفى  
بالوصف في معرفة الموافقة بين الموصوف والمقبوض كما هو بين المقبوض أولا والمقبوض ثانيا ولما  
أهدر الشارع في باب الربا كون الجوده قاربا نبت الربا بين حتى نوع متفاضلا وان اختلف موضعهما  
كلهم فندفع لهم ضلع (قوله ولا يجوز السلم الامو حلا) وهو مذهب مالك وأجدرجهما الله (وقال  
الشافعي رحمه الله يجوز السلم الحلال) بان يقول مثلا أسلمت هذه العشرة في كرخطة صفقتها كذا وكذا الى  
آخر الشروط وبه قال عطاء وأبو ثور وابن المنذر (لا طلاق النص) وهو قوله (ورخص في  
السلم) والظاهر أنهم لا يستدلون به لانهم أهل حديث وهذا لا يثبت الا من كلام الفقهاء  
وانما الوجه عندهم أنه لا دلائل في اشتراط الاجل فوجب نفيه وربما استدلو على نفيه بأنه  
لو شرط الاجل لكان لتخصيص القدرة على التسليم التي هي شرط جواز العقد وهي ثابتة والظاهر من  
حال العقاد أنه لا يلزم تسليم ما لا يقدر عليه والقرض وجود المسلم فيه فيقدر عليه ولو لم يكن قادر حقيقة  
فقد ثبت قدرته بما دخل في يده من رأس المال ولهذا أو جبتا تسليم رأس المال بخلاف الكتابة الحائلة  
فان العبد يخرج بالكتابة من يده مولا من غير أن يدخل في ملكه شيء فلا يصير قادرا على تسليم بدل  
الكتابة وأما استدلالكم بقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكف في شيء فليس في كيل معلوم ووزن معلوم  
الى أجل معلوم فليس معناه الامر بالانجيل في السلم فيمنع الحلال بل معناه من أسلم في مكيل فليس في  
مكيل معلوم أو في موزون فليس في موزون معلوم أو الى أجل فليكن الى أجل معلوم لانه لو لم يكن كذلك  
لكان أيضا أمر بان يكون السلم في مكيل أو موزون فلم يجز في المعدود والمذروع لان النسق في الفصول  
الثلاثة واحد ونحن نقول لاشك ان أهل الاجماع فاطبة في اخراجه من ذلك الحكم العام للترخيص  
للمفاليس المحتاجين الى نفقة عاجلة قادرين على البدل بقدرة آجلة فلا يتحقق محل الرخصة الا مع ذكر  
الاجل فلا يجوز في غير موهو كونه قادرا حال العقد لم يتحقق المبيع في حقه ولما كان جوازه للحاجة وهي  
باطنة أنيط بأمر ظاهر كما هو المستمر في قواعد الشرع كالسفر للشقة ونحوه وهو ذكر الاجل فلم يلتفت  
بعد ذلك الى كون المبيع معدوما عند المسلم اليه حقيقة أو موجودا قادرا هو عليه فقول المصنف  
(ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص) معناه لو لم يذ كر الاجل والله تعالى أعلم وقولهم الغر في

الاول فلا حاجة فلا دفع فلا مرخص فبقى على الثاني وان كان الثاني فلا بد من الاجل ليحصل قيسم والالادى الى النزاع الخرج للمفلس وعاد  
على موضوعه بالنقض فان قيل لو كان شرعية السلم كما ذكرتم لما جاز من عنده كرار حنطة أجيب بأن السلم لا يكون الا بأدنى الثمنين  
وهو دليل على عدم حقيقة أمر باطن لا نطلع عليه فأقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبني عليه هذه الرخصة كما في رخصة المسافر

(قوله فيحمل على المقيد الخ) أقول على ما هو مذهب الشافعي (قوله لما نذر كره) أقول اشارة الى ما يذ كره في حيز فان قيل وجواب بقوله  
لا يقال مطلق فيحمل على المقيد (قوله لان قوله رخص في السلم الخ) أقول وأيضا العمل بالدليلين يوجد بحمل المطلق على المقيد على ما هو  
أصل الخصم ثم قوله لان قوله رخص الخ جواب لقوله لا يقال العمل بالدليلين

قال (ولا يجوز الأبا جمل معلوم) إذا ثبت اشتراط الاجل في السلم لابد من كونه معلوما جاروا ويناو بالمعقول وهو أن الجهة المفضية الى المنازعة كافي البيع فهذا يطالبه بمدة قريبة وذلك يؤديه في بعيدا واختلف في أدنى الاجل فقيل أدناه شهر استدلالا بمسئلة كمال الاعيان حلف ليقض دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في عيئه فاذا كان مادون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلاثة أيام (١٣٦)

قال (ولا يجوز الأبا جمل معلوم) لما روينا ولأن الجهة المفضية الى المنازعة كافي البيع والاجل أدناه شهر وقيل ثلاثة أيام وقيل أكثر من نصف يوم الاول أصح (ولا يجوز السلم بمكالم رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) معناه إذا لم يعرف مقداره لانه تأخر فيه التسليم فربما يضع فيؤدى الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد أن يكون المكيال مما لا يتقبض ولا ينسبط كالقصاص مثلاً فان كان مما ينكس بالكيس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روى عن أبي يوسف رحمه الله قال (ولا في طعام قرية بعينها) أو غير ذلك بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم

السلم الحال أقل منه في المؤجل بعد ما ذكرنا لا يفيد شيئاً أعني بعد ما بينا من أن شرعيته لا دفع حاجة المحتاج الى المال العاجز عن العوض في الحال فان الغرض قد يحتمل فيه لذلك الحاجة وهي منتفية في السلم الحال (قوله والاجل أدناه شهر الى آخره) في الحقيقة لا رواية عن أصحابنا رضوان الله عليهم في الميسر في مقدار الاجل واختلف الروايات عنهم والاصح ما روى عن محمد أنه يقدر بالشهر لانه أدنى الاجل وأقصى العاجل وقال الصدر الشهيد الصحيح ما روى عن الكرخي أنه مقدر ارماعاً يمكن تحصيل السلم فيه وهو جدير أن لا يصح لانه لا ضابط محقق فيه وكذا ما عن الكرخي من رواية أخرى أنه ينظر الى مقدار السلم فيه والى عرف الناس في تأجيل مثله كل هذا تنفع فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان وفي الايضاح فان قدر انصف يوم جازو بعض أصحابنا قدروا بثلاثة أيام استدلالاً بمسئلة خيار الشرط وليس بصحيح لان التقدير بثلاثة الايام أقصى المدة فأما أدناه فغير مقدر انتهى والتقدير بالثلاث يروى عن الشيخ أبي جعفر أحمد بن أبي عمران استاذ الطحاوي وصحح المصنف الاول لانه مروى عن محمد ولانه مأخوذ من مسئلة العيين وحى ما اذا حلف ليقض دينه عاجلاً فقضاه قبل تمام الشهر بر في عيئه فكان مادون الشهر في حكم العاجل فالشهر وما فوقه أجل ثالثا وعليه الفتوى (قوله ولا يجوز السلم بمكالم رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) قال المصنف (معناه اذا كان لا يعرف مقداره) أما اذا عرف فيجوز لضبط المقدار ولو تلف ذلك المكيال والذراع وانما لا يجوز لما ذكرنا من احتمال هلاك ما قدر به فيتعذر الايقاع قال (وقد مر من قبل) يريد أول كتاب البيوع وهو قوله ويجوز البيع بانه بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه الى أن قال بخلاف السلم الى آخره وقد روى عن أبي حنيفة أنه لا يجوز أيضاً في بيع العين بالعين لانه يبيع ليس بمكالم ولا بمجازفة وبيع الخطة انما يجوز على أحدهما والصحيح الاول والحصر ممنوع وبتقدير التسليم فهذا يبيع بمجازفة ثم لا بد (أن يكون المكيال مما لا يتقبض وينسبط كالقصاص) والحديد والخزف (فان كان مما ينكس بالكيس كالزنبيل) والمغسرة (لا يجوز للمنازعة) عند التسليم (الا في قرب الماء فيمارى عن أبي يوسف للتعامل فيه) فانه أجاز في جواز أن يشتري من ماء كذا كذا قرية من ماء النبل أو غير ذلك مثلاً بمسئلة هذه القرية وعينها جازا البيع ومقتضى القاعدة المذكورة أنه لا يجوز اذا عين هذه القرية والله أعلم ولكن بمقدارها والزنبيل بالفتح بلا تشديد وبالكسر مشدد الباء ويقال زنبيل أيضاً (قوله ولا في طعام قرية بعينها) كمنطة بلدة لفهميين والحلة ببلاد مصر (أو غير ذلك بعينها) أو بستان بعينه (لانه قد يعتريه آفة فتنتفى قدرة التسليم)

بخيار الشرط وليس بصحيح لان الثلاثة ثم بيان أقصى المدة فأما أدناه فغير مقدر وقيل أكثر من نصف يوم لان المجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبق المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم وبه قال أبو بكر الرازي والاول أصح لانه مسمى يمكن تحصيل المسلم فيه فيها ولما ذكرنا من كتاب الايمان قال (ولا يجوز السلم بمكالم رجل بعينه) لا يصح السلم بمكالم رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه اذا لم يعلم مقداره لان التسليم في السلم متأخر فربما يضيع المكيال أو الذراع فيفقد الى المنازعة ويعلم من هذا ان المكيال اذا كان معلوم القدر والذراع كذلك أو باع بذات الاناء المجهول القدر يدايد لا بأس بذلك لحصول الامن من المنازعة وقد مر يعنى في أول البيوع ان البيع يدايد بمكالم لا يعرف مقداره ويجوز لان القبض يتجمل فيه فيندر الهلاك لكن لا بد أن يكون المكيال

مما لا يتقبض ولا ينسبط كما اذا كان من حديد وخزف أو خشب أو نحوها أما اذا كان مما ينكس بالكيس كالزنبيل قال بكسر الزاي لان فعلا بفتح الفاء ليس من أبنيتهم والجراب والغرارة والجوالق فانه لا يجوز لأقضائه الى المنازعة الا أن أبا يوسف رحمه الله استحسّن في قرب الماء وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قرية بهذه القرية من ماء التعامل قال (ولا في طعام قرية بعينها أو غير ذلك بعينها) لان انقطاعه عن أيدي الناس بعروض آفة فهو موهوم (فتنتفى القدرة عن التسليم)



أشار إلى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عن السلم في غرة فلان أما من غرة حائط فلان فلا أرى أن لو أذهب الله الثمر به يستحل أحدكم مال أخيه ولا خفاء في كونه منه عليه الصلاة والسلام بياناً بطريق التعليل لعدم (٣٣٧) الجواز في غرة قرية بعينها وقوله مال أخيه

أراد به رأس المال أي لو لم تحصل الثمرة فبأي طريق يحل رأس المال للسلم إليه ولو كان النسبة إلى قرية بعينها بالبيان الصفة أي لبيان أن صفة تلك الحنطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة كالخشم راني بخاري والبساخي بفرغانة جازا العقد فان تعيين الخشم راني ليس باعتبار أن تكون الحنطة منه ليس الأبل باعتبار أن صفة الحنطة مثلاً مثل صفة حنطة الخشم راني وعلى هذا ظهر الفرق بين ما إذا أسلم في حنطة من حنطة هراة وبين ما إذا أسلم في ثوب هراة في جواز الثاني دون الأول فان نسبة الثوب إلى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهروي ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة أو بغيرها يسمى هروياً وإذا أتى المسلم إليه ثوب نسج على تلك الصفة في غير هراة أجبر رب السلم على القبول بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ما نسبت بأرض هراة والنات في غيرها لا ينسب إليها وان كان بتلك الصفة

والله أشار عليه الصلاة والسلام حيث قال أرى أن لو أذهب الله تعالى الثمر به يستحل أحدكم مال أخيه ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لأبأس به على ما قالوا كالخشم راني بخاري والبساخي بفرغانة قال (ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رحمه الله إلا بسبع شرائط جنس معلوم) كقولنا حنطة أو شعير (ونوع معلوم) قال المصنف (والله أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله أرى أن لو ذهب غرة هذا البستان به يستحل أحدكم مال أخيه) فان معنى هذا أنه لا يستحق بهذا البيع غنائم هذا البستان شيئاً فكان في بيع غرة هذا البستان غرراً لا نفساً فلا يصح بخلاف ما إذا أسلم في حنطة صعيدة أو شامية فان احتمال أن لا ينبت في الأقليم برمته شيء ضعيف فلا يبلغ الغرر المانع من الصحة فيجوز فهذا الحديث يفيد عدم صحة البيع سواء كان وروده في السلم أو في البيع مطلقاً والواقع أن معناه ورود في السلم وفي البيع أما في السلم فما قدمناه من حديث أبي داود وابن ماجه في الذي أسلم في تلك الحنطة الخلل فلم يطلع شيء فأراد المسلم إليه أن يمنع الثمن الذي كان أخذه وقال إنما الخلل هذه السنة حيث قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ من خللك شيئاً قال لا قال ثم يستحل ماله اردد عليه ما أخذت منه الحديث وأما ما في مسلم عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو بيعت من أخيك غراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً تأخذ مال أخيك بغير حق فيصدق على كل من السلم والبيع ويمكن أن يكون دليلاً على أن هلاك المبيع يبطل البيع ويوجب رد الثمن فهو دليل هذه المسألة أيضاً وفي الصحيحين عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان لم يثمرها الله فم يستحل أحدكم مال أخيه هذا (فلا كانت نسبة الغرة إلى قرية) معينة (ليسان الصفة) لالتعيين الخارج من أرضها بعينه (كالخشم راني والبساخي) بخاري وهي قرية حنطتها جديدة (بفرغانة لأبأس به) ولأنه لا يراد خصوص التاب هنا بل الأقليم ولا يتوهم انقطاع الحنطة هناك لأنه أقليم وكذا إذا قال من حنطة هراة يريد هراة خراسان ولا يتوهم انقطاع طعام إقليم بكاله فالسلم فيه وفي طعام العراق والشام سواء وكذا في ديار مصر فيقع الصعيد والذي في الخلاصة وذكر معناه في المجتبى وفي غيره ولو أسلم في حنطة بخاري أو حنطة سمرقند أو سيجاب لا يجوز اتوهم انقطاعه ولو أسلم في حنطة هراة لا يجوز وفي ثوب هراة وكذا شروط السلم يجوز لأن حنطتها يتوهم انقطاعها إذا إضافة لتخصيص البقعة فيحصل السلم في موهوم الانقطاع بخلاف إضافة الثوب لأنه لبيان الجنس والنوع لا لتخصيص المكان ولذا لو أتى المسلم إليه في ثوب هروي بثوب نسج في غير ولاية هراة من جنس الهروي يعني من صفته ومؤنته يجبر رب السلم على قبوله فظهر أن المانع والمقتضى العرف فان تعرف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز والأفلا بعينه ما في الخلاصة قال لو كان ذلك النسبة لالتعيين المكان كالخشم راني فأنه يترك لبيان الحدود لا يفسد السلم وان كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع مثل الثوب جازا السلم والأفلا أما السلم في الحنطة الصعيدية والعراقية والشامية فلا شك في جوازه وفي شرح الطحاوي لو أسلم في حنطة حديثة قبل حدودها فالسلم باطل لأنها منقطعة في الحال وكونها موجودة في وقت العقد إلى وقت المحل شرط لصحة السلم (قوله ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رضي الله عنه إلا بسبع شرائط) ذكر في العقد وأما عندهما فهي الخمس الأولى ولا شك أن السلم شروطاً غير هاولكن لا يشترط لصحة السلم ذكرها في العقد بل وجودها وشروط جمع شرطية فقول بعضهم في بعض النسخ سبع وهو الأصح ليس كذلك بل سبعة على تقدير كون المعدود شرطاً وسبع على تقديرها شرطية وكل وارد على اعتبار خاص والمعروف من النسخ ليس إلا المشهور وسبع شرائط (جنس معلوم حنطة أو شعير ونوع معلوم

(٣٣٨ - فتح القدير خامس) فكان تعيين المكان وهو موهوم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة عاد كالأول قال (ولا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط) صحة السلم موقوفة على وجود سبع شرائط عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على خمسة فأما المتفق عليه فهو أن يكون في جنس معلوم حنطة أو غيرها ونوع معلوم

مستقيمة أو بخسبية والبخس خلاف السقي منسوب إلى البخس وهي الأرض التي تسقى السماء لأنها مضمومة الحظ من الماء وصفة معارضة بعيدة أو رديئة ومقدار معلوم عشرين كرايكيال معروف أو عشرين رطلاً وأجل معلوم والاصل في ذلك من المنقول ما روي بنان قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم (٣٣٨) منكم الخ ومن المعنى القضي ما بينا أن الجهالة فيه مفضية إلى النزاع فأما المختلف

كفر لنا قضية أو بخسية (وصفة معلومة) كقولنا جيد أو رديء (ومقدار معلوم) كقولنا كذا كرايكيال أو كذا كيل معلوم وكذا وزناً (وأجل معلوم) والاصل فيه ما روي بنا والفقه فيه ما بينا (ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان يتعلق العقد على مقداره) كالكيل والموزون والمعدود (وتسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له أجل ومؤنة) وقال لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معينا ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مستثنان وله ما في الأولى أن المقصود يحصل بالإشارة فأشبهه الثمن والاجرة وصار كالشوب ولا يخيصة أنه ربما يوجد بعضهما في قول لا يتبدل في المجلس فلولم يعلم قدره لا يدري في كم بقي أو ربما لا يدري على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالمحقق

فيه (معرفة مقدار رأس المال أن كان مما يتوقف على مقداره كالكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له أجل) بفتح الحاء (ومؤنة) ومعناه ماله نقل يحتاج في حمله إلى نهر أو أجرة جمال فهذا شرطان أحدهما عند أبي حنيفة وهو المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما خلافاً لما قال في المسئلة الأولى أن المقصود يحصل بالإشارة فأشبهه الثمن والاجرة يعني إذا جعل الكيل أو الموزون عن المبيع أو أجرة في الاجارة واشترى إليه ما جاز وإن لم يعرف مقداره فما كذا ينبغي أن يكتب بالإشارة في رأس المال بجماع كونه بدلا وصار كما إذا كان رأس المال ثوبا فان الإشارة فيه تكفي اتفاقا وإن لم يعرف ذرعاه ولا يخيصة رجه الله أنه ربما يوجد بعضهما في قول لا يتبدل في المجلس فلولم يعلم قدره لا يدري في كم بقي وتحقيقه أن جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه لأن المسلم إليه يتفق رأس المال شيئا فشيئا

كسقيمة (وهي ما يسقى سحبا أو بخسية) وهي ما يسقى بالمطر ونسبت إلى البخس لأنها مضمومة الحظ من الماء بالنسبة إلى السحابة (وصفة معلومة كجيد رديء) وسط مشعر سالم من الشعر (ومقدار معلوم كذا كرايكيال معلوم) فهذه أربعة تشتط في كل من رأس المال والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل فان ما يجوز كونه مسلما فيه يجوز كونه رأس المسلم ولا ينعكس فان النقود تكون رأس مال ولا سلم فيه (و) الخامس (أجل معلوم) والاصل فيه أي في اشتراط هذه الخمسة ما روي بنان عن قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم الحديث نص على شرط في القدر والمعلوم والأجل المعلوم وثبت باقي الخمسة بالدلالة لظهور ارادة الضبط للمنافي للمنازعة وقوله (والفقه فيه ما بينا) يعني قوله ولأن الجهالة مفضية إلى المنازعة (و) السادس (ذكر مقدار رأس المال إذا كان رأس المال يتعلق العقد على قدره) يعني تنقسم أجزاء المسلم فيه على أجزائه وهو أن يكون الثمن من الكيكلات أو الموزونات أو المعدودات المتقاربة وهذا الشرط في قدره احتراز عما إذا كان ثوبا لأن الذراع وصف لا يتعلق العقد على مقداره وعلام الوصف بعد الإشارة ليس بشرط ولهذا واشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر تسلم له الزيادة ولو وجده تسعة لا يحيط عنه شيء من الثمن والمسلم فيه لا ينعس على عدد الذراع لا يشترط اعلامه لأن الاوصاف لا يتقابلها شيء في جهالة الذراع لا تؤدي إلى جهالة المسلم فيه وهذا المسلم فيه بمقابل المقدرات فيؤدي إلى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد وهذا شرط في المسلم فيه اتفاقا فنصرت أحد عشر شرطا والثاني عشر تسمية مكان البناء وهو يخص المسلم فيه والثالث عشر أن لا يشمل البديلين أحدي على الر بالان أفراد أحدهما يحرم النساء وأن لا يكون فيه خيار الشرط والرابع عشر أن يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم في الدراهم والدنانير وتقدم وفي التبر روايتان والخامس عشر انعقاد الثمن على قول أبي حنيفة كذا ذكر بسبب اشتراطه لأجل اعلام قدره (و) السابع (تسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان المسلم فيه محل ومؤنة) أي إذا كان نقوله يحتاج إلى أجرة ونحوه لثقله (وقال لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معينا) يقبضه دفعة (ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مستثنان) خلافتان بينهما (لهما في الأولى) وبقوله ما قال مالك وأحمد والشافعي في قول أن المقصود من اعلام قدر رأس المال وهو التسليم بالمنازعة (يحصل بالإشارة) إلى العين الثمن المعجل فأغنى عن اعلام قدره وصار كمن المبيع المعجل والاجرة المعجلة في الاجارة والمضاربة إذا دفع إلى آخر دراهم معينة غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف فانه جائز وكذا رأس المال الذي لا ينقسم المسلم فيه عليه

وربما يجد بعض ذلك زونا ولا يستبدل في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده فإذا لم يكن مقدار رأس المال معلوما كالشوب لا يعلم في كم انتقص السلم أو في كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق فكذا ما يستلزمها وقوله (أو ربما) وجه آخر لفساده وهو أن المسلم إليه (قد يجتزئ عن تحصيل المسلم فيه وليس لب السلم بعينه إلا رأس ماله) وإذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك فان قيل ذلك أمر موهوم لا معتبر بقيما يبنى على الرخص أجاب المصنف رحمه الله بأن (الموهوم في هذا العقد كالمحقق)

(الشرع مع المنافي) اذا القياس بخالفه ألا ترى أنه لو أسلم بحكال رجل بعينه لم يجوز لتوهم هلاك ذلك المكيل وعوده الى الحياة لا سيما على قول من اعتبر أن الاجل أكثر من نصف يوم فان قيل في هذا اعتبار بالنازل عن الشبهة لأن وجود بعض رأس المال زيوفا فيه شبهة لاحتمال أن لا يكون كذلك وبعد الزجور الرد يحتل فقد لا يردو وبعد الرد ترك (٢٣٩) الاستبدال في مجلس الرد أيضا يحتل

والعتبر حتى دون النازل عنها  
نالجواب ما تقدم أن المعنى  
من المودوم هوذا انقضى  
بل هذه شبهة واحدة لان  
كل منهما سبب على وجوده  
زيفا والاول أظهر (قوله  
بخلاف الثوب) جواب  
عما فاساه عليه من الثوب  
وتقرر ان الثوب لا يتعلق  
العقد على مقداره (لان  
الذرع) في الثوب المعين  
(صفة) ولهذا لو وجد زائدا  
على المسمى سلم له الزيادة  
مجانا ولو وجد ناقصا لم يحط  
شيأ من الثمن وقد تقدم وليس  
كل منافي ذلك وانما هو  
فيما يتعلق العقد على  
مقداره فكان قياسا مع  
الفارق ولم يجب عن الثمن  
والاجرة لان دليله تضمن  
ذلك فان البيع والاجارة  
لا ينفسخان برد الثمن والاجرة  
وترك الاستبدال في مجلس  
الرد ومن فروغ الاختلاف  
في معرفة مقدار رأس المال  
ما اذا أسلم مائة في كرحنطة  
وكرشعير ولم يبين رأس مال  
كل واحد منهما فانه لا يجوز  
عند أي حنطة رجه الله  
لان المائة تنقسم على  
الحنطة والشعير باعتبار  
القيمة وطريق معرفة

الشرع مع المنافي بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره  
ومن فروعه اذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما  
ولهما ما في الثانية أن مكان العقد يتعين

كالنوب والعبد فانه لا يشترط فيه اعلام كمية ذرعانه بالاتفاق وله ما روى عن ابن عمر أنه قال به وقول  
الفقيه من الحجة مقدم على القياس والقياس على المسلم فيه بجامع أنه عوض تناوله عقد السلم ولان  
جهالة قدر المسلم فيه مانع اتفاقا وجهالة رأس المال مؤداه وما يؤدي الى الممتنع شرعا ممتنع شرعا  
بيان تأديته اليه أنه رعيانة تنق رأس المال كما يتفق المحتاجون فربما يظهر فيه زيوفا فيختار الاستبدال  
به ورده وقد يكون أكثر رأس المال زيوفا فانه اذا رده واستبدل به في المجلس بقدر السلم عند أي  
حنطة لانه لا يجوز الاستبدال في أكثر من النصف خلافا لهما وقد لا يتفق الاستبدال به في مجلس الرد  
قيمة نسخ العقد في مقدار ذلك فاذا لم يكن قدر المكيل مع المودوم لم يدري كم انتقص وفي كم بقي فيصير  
المسلم فيه مجهول المقدار وكذا لو استحق بعضه يلزم هذا أيضا وهذا وان كان موهوما فالموهوم في هذا  
العقد له حكم المعلوم (الشرع مع المنافي) وهو كون المبيع معدوما فان ما يشرع اذ ذلك يكون ضعيفا  
في الشرعية فيؤثر فيه توهم الغرر المذكور وهذا في الحقيقة تعليل قوله صلى الله عليه وسلم رأيت  
لواذهب الله ثمرة هذا الحائط بم يستحل أحدكم مال أخيه (بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان  
الذرع وصف فيه) وكذا الواشتره على أنه عشرة فاذا هو خمسة عشر كان كله والمبيع لا يقابل الاوصاف  
فلا يتعلق العقد على قدره ولهذا لو ظهر الثوب أو الحيوان المجهول رأس مال مخترا فوسمى عددا من  
الذرعان فيه فوجد المسلم اليه أنقص أو بعض أعضاء الحيوان تالفا لا ينتقص من المسلم فيه شيء بل  
المسلم اليه بالخيار ان شاء عرضي به بكل المسلم فيه وان شاء فسح لفوات الوصف المرغوب فيه واستشكل  
بان هذا اعتبارا لشبهة الشبهة أو أنزل منها فان في وجود الزيف احتمالا ثم اختيار الرد كذلك ثم عدم  
الاستبدال به في مجلس الرد فيه أيضا ذلك والمعتبر الشبهة لا النازل كما أفاده الحديث فان المعبر فيه الشبهة  
لا غير وهو احتمال أن لا يخرج الثمرة أوجب نارة بأنها شبهة واحدة فان الكل مبني على وجود الزيف  
وتارة بأن السؤال فاسد لان الشبهة ما يشبهه الثابت وليس بثابت كالنقد مع النسيئة وليس هذا كذلك  
وانما اعتبر الموهوم بالنص المذكور على أن طريق المنع ما انحصر في وجود الزيف بل ظهور واستحقاق  
رأس المال كما ذكرناه طريق ومما يدل على صحة اعتبار الموهوم في هذا العقد اجاعنا على أنه  
لا يصح السلم على كمال رجل بعينه لا يعرف مقداره لاحتمال هلاك هذا الكيل قبل الحول فالالمصنف  
(ومن فروعه) أي من فروغ اختلاف في معرفة قدر رأس المال (اذا أسلم في جنسين) ككرحنطة  
وكرشعير عشرة مثالا (ولم يبين رأس مال كل منهما) من العشرة (أو أسلم جنسين) كدنانير ودرهم في  
جنس واحد كبر أو أسلم عراو حنطة معينين في كذا من الزعفران (ولم يبين مقدار أحدهما)  
يعني عرف مقدار أحدهما دون الآخر لا يصح السلم لبطلان العقد في حصة مالم يعلم قدره فيبطل  
في الآخر أيضا لاتحاد الصفة أو لجهالة حصة الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولا ولهما  
في المسئلة (الثانية) وهي اشتراط مكان التسليم فيما له مؤنة (ان مكان العقد يتعين) للايقاض

الحزب فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلوما وعندهما يجوز لان الإشارة الى العين تكفي لجواز العقد وقد وجدت أو أسلم دراهم  
ودنانير في كرحنطة وقد علم وزن أحدهما دون الآخر فانه لا يجوز عنده لان مقدار أحدهما اذا كان مجهولا يبطل العقد في حصة لعدم  
شرط الجواز في حصته فيبطل في حصة الآخر أيضا لاتحاد الصفة أو لجهالة حصة الآخر وعندهما يجوز لوجود الإشارة وقال في  
المسئلة الثانية ان مكان العقد يتعين للايقاض

(وعن هذا) أي عما ذكرنا من جهالة المكان بجهالة الوصف (قال من قال من المشايخ ان الاختلاف في المكان يوجب التحالف) عنده كالاختلاف في الجودة والرداءة في أحد البدلين (وقيل على عكسه) أي لا يوجب التحالف عنده بل القول للمسلم اليه وعندهما يوجب له لان تعيين المكان قضية العقد أي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف في المكان (١٤٦) كالاختلاف في نفس العقد وعنده

للمسلم يمكن من مقتضاه صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورة الثمن اشتري شيئا بمكيل أو موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده وعندهما لا يشترط ويتعين مكان العقد وقيل انه لا يشترط بالاتفاق والاول أصح (وهو اختيار شمس الأئمة) لان الثمن مثل الاجرة وهي منصوص عليها في كتاب الاجارات وصورة الاجرة استأجر دارا أو دابة بمكيل أو موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده خلافا لهما ويتعين في اجارة الدار مكانها وفي الدابة تسليم في مكان تسليمها وصورة القسمة اقتسم دارا وأخذ أحدهما أكثر من نصيبه والتزم في مقابلة الزائد مكيلا أو موزونا موصوف في الذمة يشترط عنده بيان مكان الايفاء خلافا لهما ويتعين مكان القسمة قال (ومالم يكن له جل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء الخ)

وعن هذا قال من قال من المشايخ ورحمهم الله ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعيين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورة الثمن اقتسم دارا وجعل لامع نصيب أحدهما شيئا له جل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة لا يفاء قال (ومالم يكن له جل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع) لانه لا يختلف قيمته (ويؤفيه في المكان الذي أسلم فيه)

المسلم بطالبه بالتسليم في مكان يسقط عنده فيه مؤنة الجل وترتفع قيمته والمسلم اليه على عكسه وبخلاف رأس المال لان تسليمه واجب للمال فافتقر قاولا لحاقه بالامر في تعيين أول الاوقات بالاجماع لكن لا يخفى أن قوله التسليم غير واجب للمال فلا يتعين مكان العقد مما يرد عليه المنع اذ لا ملازمه تظهر وما المانع من تعيينه مع تأخر التسليم حتى اذا حل الاجل وجب تسليمه في ذلك المكان فالاولى أن يقتصر على منع تعيين العقد المكان والحاقهما بالاستهلاك والقرض ظهر الفارق بينهما وبين السلم والتميز في العين محل النزاع لان بأحنيضة في الصحيح عنه يرى أنه لا يتعين أيضا اذا كان مؤجلا وأنه يجب تعيينه أيضا كما سيذكره المصنف ورأس مال السلم يمنع فيه حكم الاصل فان لا يتعين مكان العقد لتسليم رأس مال السلم بل أن يقبضه قبل الافراق لنفي الكائي بالكائي فلو عقدا السلم ومشيئا فربحنا سلمه اليه قبل أن يفارقه جاز وقولهم الموجب للسلم وجب فيه قلنا نعم ولا يستلزم الموجب في مكان أن يوجب مقتضاه في ذلك المكان فانه لا ملازمة عقلية في ذلك لانه يجوز أن يوجد في مكان وأثره الايجاب مطاوعا فلا تثبت هذه الملازمة الاسماعي (قوله وعن هذا) أي وعن كون المكان يوجب اختلاف القيمة قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه يوجب التحالف عنده كما لو اختلفا في صفة الثمن أو المثل فان اختلاف الصفة يوجب اختلاف القيمة فهو كما اذا اختلفا في جودته ورداءته وقيل على عكسه أي لا يوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم اليه لان تعيين المكان ليس قضية العقد عنده وعندهما يتحققان لان تعيين المكان لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من مقتضيات العقد والاختلاف فيها يوجب التحالف فالاختلاف فيه يوجب التحالف بالاجماع فكذا هنا قال (وعلى هذا الاختلاف الثمن) في البيع الناجز اذا كان له مؤنة جل وهو مؤجل في بيع العين (والاجرة) بأن استأجر دارا مثلا بعاله جل ومؤنة وهو مؤجل عنده يشترط بيان مكان تسليمها وعندهما لا (والقسمة) فيما (اذا اقتسم دارا وجعل لامع نصيب أحدهما شيئا له جل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن) بالاجماع (والصحيح أنه يشترط) عنده (اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار) في القسمة (ومكان تسليم الدابة) في الاجارة (لا يفاء) (قوله) ومالم يكن له جل ومؤنة (كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ يعني القليل منه والافقد يسلم في امان من الزعفران كثيرة تبلغ أجمالا وكذا المسك وصغار اللؤلؤ لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء عندهم وهو الاصح من قول الشافعي (ويؤفيه في المكان الذي أسلمه فيه) وكل ما قلنا يتعين مكان العقد معناه اذا كان مما يتأقن التسليم فيه وما لا بأن أسلم اليه درهم في مركب في البحر أو جبل فانه

قد تقدم بيان ماله جل ومؤنة فيعلم من ذلك مالم يكن له جل ومؤنة وقيل مالم يكن له جل ومؤنة هو الذي لو أمر انسانا بجمعه له الى مجلس القضاء لا يجانا وقيل هو ما يمكن رفعه بيد واحدة واتفقوا على أن بيان مكان الايفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة ولكن هل يتعين مكان العقد لا يفاء فيه

قال المصنف (لا يختلف قيمته ويؤفيه في المكان الذي أسلم فيه) أقول هذا لا يلائم ما ذكره أبو حنيفة في تعليل المسئلة الثانية فتأمل

روايتان في (رواية الجامع الصغير ويومع الاصل) يتعين لانه موضع الالتزام فيرجع على غيره وذ كرفي الاجارات (بوفيه في أى مكان شاء وهو الاصح لان الاما كن كلها سواء اذا المالمالية لا تختلف باختلاف الاما كن فيه ) (قوله ولا وجوب في الحال) جواب عما يقال يجوز ان يتعين مؤن العقد ضرورة وجوب التسليم فقال التسليم في الحال ليس بواجب لتعين باعتباره فلو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد حيث لا يلزم بنقله مؤنة ولا تختلف (٣٤٣) مالمية باختلاف الامكنة وقيل يتعين وهو الاصح لانه يفيد رب السلم سقوط

قال رضى الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيع وذ كرفي الاجارات انه بوفيه في أى مكان شاء وهو الاصح لان الاما كن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عيننا مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فماله حمل ومؤنة يكفى به لانه مع تبين أطرافه كبقعة واحدة فمن انه لا تختلف قيمته باختلاف الحلة وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهى السلم والثن والاجرة والقسمة وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين نواحيه مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يجز لان فيه جهالة مفضية الى المنازعة قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال) معناه ان السلم لا يبقى صحيحا بعد وقوعه على العدة اذا لم يقبض رأس المال في مكان العقد قبل أن يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا لا مكانا حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لم يفسد مالم يتفرقا عن غير قبض فاذا افترقا كذلك فسد أما اذا كان رأس المال من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالى بالكالى أى النسبة بالنسبة وان كان عينا فلا ن السلم أخذ

عاجل بأجل اذا الاسلام والاسلاف ينبئان عن التجميل والمسلم فيه أجل فوجب ان يكون رأس المال عاجلا ليكون الحكم نابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والكفالة والحوالة فانما عتود ثبتت أحكامها بمقتضيات أسماؤها لغة وهذا (قوله وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهى السلم والثن والاجرة والقسمة) أقول لا يخفى عليك بعد هذا القيل (قوله فاذا افترقا كذلك) أقول يعني اذا افترقا من غير قبض (قوله وهذا)

يجب في أقرب الاما كن التى يمكن فيها منه قال المصنف (وهذا رواية الجامع الصغير والبيع) يعنى من أصل المبسوط وذ كرفي الاجارات من أصل المبسوط (بوفيه في أى مكان شاء وهو الاصح) والاصح من قول الشافعي أيضا (لان الاما كن كلها سواء) اذا المالمالية لا تختلف باختلاف الاما كن فيما لاجل له ولا مؤنة بل بعزة الوجود وقتله وكثرة رغبات الناس وقتلها بخلاف ماله مؤنة فان الحنطة والخطب يوجد في المصر والسود ثم يشتري في المصر بأكثر مما يشتري في السواد (ولو عيننا مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد) والشرط الذى لا يفيد لا يجوز (وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق) وهو الاصح وبه قال الشافعي وأحمد ذكره في التحفة (ثم لو عيننا المصر فماله حمل ومؤنة يكفى به لانه مع تبين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا) يعنى أن القيمة لا تختلف باختلاف المصر الواحد عادة قيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ لا يجوز الا أن يبين لانه مفض الى المنازعة ذكره في المحيط ولو شرط أن بوفيه في مكان يحمله الى منزله لا خيفه ولو شرط الحمل الى منزله ابتداء قبل يجوز استحسانا وروى البخاري عن أصحابنا أنه لا يجوز السلم وقيل انما لا يجوز قياسا اذا شرط الايفاء في موضع ثم الحمل الى منزله أما لو شرط الايفاء في منزله فيجوز قياسا واستحسانا وفي بيع العين لو شرط على البائع في المصر أن بوفيه الى منزله والعقد في مصر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحسانا وعند محمد لا يجوز هذا اذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة فان كان لا يجوز البيع ولو اشتري طعاما بطعام من جنسه وشرط أحدهما التوفية الى منزله لم يجز بالاجماع كيفما كان ولو شرط أن بوفيه في مكان كذا فسلمه في غيره ودفع الكراء الى الموضع المشروط صار قابضا ولا يجوز أخذ الكراء وان شاء رده اليه ليسلمه في المكان المشروط لانه حقه (قوله ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه) بذنا تحقيقه أن قبض رأس المال قبل الافتراق شرط بقاء العقد على الصحة (أما اذا كان رأس المال (من النقود فلا نه) لو لم يقبض (افتراق عن دين بدين) لانها لا تتعين فلا يقع العقد الا على دين في الذمة فيقع بدفع العين المقاصة عنه (وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكالى بالكالى) أى النسبة بالنسبة الا أن مال الكار حقه الله يحجز التأخير ويقول اذا لم بشرط التأجيل لا يخرج به الى الدين عرفا وبقولنا قال الشافعي وأحمد (وان كان عينا) ففي القياس

عاجل بأجل اذا الاسلام والاسلاف ينبئان عن التجميل والمسلم فيه أجل فوجب ان يكون رأس المال عاجلا ليكون الحكم نابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والكفالة والحوالة فانما عتود ثبتت أحكامها بمقتضيات أسماؤها لغة وهذا

(قوله وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهى السلم والثن والاجرة والقسمة) أقول لا يخفى عليك بعد هذا القيل (قوله فاذا افترقا كذلك) أقول يعني اذا افترقا من غير قبض (قوله وهذا)



وجه الاستحسان والقياس جوازها لان العروض تتعين في العقود فتترك شرط التعجيل لم يؤد الى بيع الدين بالدين بخلاف الدرهم ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم (ولهذا) أي ولا يشترط القبض (فلما لا يصح المسلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما لان خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وهو ثبوت الملك والقبض مبني عليه وما كان مانعا من المبني عليه فهو مانع عن المبني وكذا لا يثبت في السلم خيار الرؤية لكونه غير منبذ لان فائدته الفسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين وما أخذه عين فلو رد المأخوذ عاد الى ما في ذمته فثبت الخيار فيما أخذه ثابسا وثنا الى ما لا يتناهى فإذا لم يفد فائدته لا يجوز ان يابته وفي بيع العين يفيد فائدته لان العقد (٣٤٣) ينفسخ عند الرؤية اذا رد المبيع لانه رد عين ما تناوله العقد فيفسخ قيل فيه اشكالان أحدهما أن الضمير في قوله فيه اما أن يراد به رأس المال أو المسلم فيه لاسيلا الى الاول لان خيار الرؤية ثابت في رأس المال صرح به في التحفة وقال لا يفسد به السلم ولا الى الثاني لانتفاء التقريب لانه في سان اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق وثبوت الخيار في السلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك فكان أجنبيا والثاني أن المبيع في الاستصناع دين ومع ذلك لا يستصنع خيار الرؤية والجواب عن الاول انه يعود للسلم فيه وذكره استطرادا ويجوز ان يعود الى رأس المال وهو ان كان دين في الذمة يتسلسل ولا يفيد وان كان عينا واجب ان لا يفيد لاقضائه الى التهمة وعن الثاني ان السلم ان المعقود عليه في الاستصناع دين بل هو عين على ما ينبغي في الاستصناع بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام

ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض

لا يشترط تعجيله لان عدم تسليمه لا يؤدي الى بيع دين بدين بل بيع عين بدين وفي الاستحسان يشترط اعمالا للمقتضى الاسم الشرعي لان الاسلام والاسلاف في كذا ينبغي عن تعجيل المسلم دون الآخر لان وضعها في الاصل لاخذ عاجل بأجل والشرع قرره كذلك فيجب أن يثبت على اعتبار المعنى الذي اعتبر فيها لو فرضه منافرا ضا أنها اصارت اعلاما فاصل الوضع كاف باعتبار ما اعتبر في معناها من الاحكام فلزم التعجيل (ولانه لا بد من تسليمه ليتقلب فيه المسلم) اليه اذا فرض افلاسه وطاحته الى العقد لا فلاسه فيمتقلب فيه ليقدر على تحصيل السلم فيه الى اجل (و) لهذا أي لا يشترط التسليم قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم) الذي هو الملك وهذا على قول أبي حنيفة ظاهر فانه وان خرج البديل عن ملك من لم يكن له خيار لم يدخل في ملك الآخر وعلى قوله ما هو ملك متزلزل فانه بعرضية أن ينسخ من له الخيار فلا يتم القبض لان تمامه مبني على تمام الملك في المقبوض وهذا بخلاف الاستحقاق فان رأس المال اذا ظهر مستحقا لم يمنع استحقاقه من تمام قبضه لجواز اجازة المالك حتى لو أجاز قبضه صح العقد وان كان الاستحقاق يمنع المالك لان منعه المالك ليس بقضية السبب بل السبب وجد مطا لالامانع فيه سوى تعلق حق الغير وجاز ان يحجز ذلك الغير فاذا أجاز التحقت الاجارة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط فان عدم الملك قضية السبب نفسه ويحجزه في حق الحكم كالتعلق بشرط سقوط الخيار وكان تأثيرا أكثر من تأثير عدم القبض فكان أولى بالابطال من عدم القبض وهذا لان المعلق بشرط معدوم قبله فلا حكم أصلا وهو الملك فلا قبض ولذا قلنا ان اعتاق المشتري لا يصح ولا يثبت وقف اذا كان في البيع خيار للبائع واعتاق المشتري من الفضولي يتوقف (وكذا لا يثبت فيه) أي في السلم (خيار رؤية) بالاجماع (لانه غير مفيد) اذ فائدة خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة فاذا رد المقبوض عاد دينه كما كان لانه لم يرد عين ما تناوله العقد فلا ينفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله ولان اعلام الدين ليس الا بذكر الصفة فقام ذكر الصفة مقام العين فلا يتصور خيار رؤية ذكره في السكافي ولا يشكل بالاستصناع فانه دين في ذمة الصانع ويجري فيه خيار الرؤية يعني اذا رد ما بأي به ينفسخ لاننا لم أن المبيع فيه الدين في ذمة الصانع بل العين كالمساكن وأما خيار الرؤية في رأس المال فصح لانه لا يمنع ثبوت الملك ذكره في التحفة وهذا اذا كان عينا مثليا وقيما (بخلاف خيار العيب) في السلم فيه فانه يصح (لانه لا يمنع تمام القبض) لان تمامه بتمام الصفة وتمامها بتمام الرضا وهو تمام وقت العقد

القبض لان تمامه بتمام الصفة وتمامها بتمام الرضا وهو موجود وقت العقد وجه الاستحسان) أقول أشار بقوله هذا الى قوله فلان السلم أخذ عاجل بأجل (قوله والقياس جوازها الخ) أقول اذا كان رأس المال عينا قال المصنف (ولانه لا بد من تسليم رأس المال) أقول في دلالة هذا على وجوب القبض قبل المفارقة كلام كالا ينبغي ثم اعلم ان قوله ولانه لا بد الخ في قول الشارح معطوف على قوله فلان السلم أخذ عاجل بأجل (قوله لان خيار الشرط يمنع الى قوله والقبض مبني عليه الخ) أقول فيه انه حينئذ يكون مانعا من القبض نفسه لا عن تمامه (قوله أحدهما ان الضمير في قوله فيه) أقول حيث قال وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية (قوله ويجوز أن يعود الى قوله التهمة) أقول فيه بحث

(ولو أسقط) رب السلم (خيار الشرط قبل الافتراق) فلا يخلو ما أن يكون رأس المال قائما أو لا فإن كان الثاني لم يصح العقد بالاستسقاط لأن ابتداء برأس مال هودين لا يجوز فكذلك التمسك بالسقاط الخيار وفيه نظر فإن البقاء أسهل من الابتداء والجواب أنه انشأ في فالتشكيك فيه غير مسموح وإن كان الأول جائز (٤٤٤)

ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جائز خلافا لفرق وقد مر نظيره (وجملة الشروط جمعها في قولهم اعلام رأس المال وتجميعه واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايقاع والقدرة على تحصيله فإن أسلم مائتي درهم في كرخطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة تنقد فالمسلم في حصة الدين باطل لغوات القبض ويجوز في حصة النقد) لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لأن الفساد طارئ إذا سلم وقع صحه ما لو لم ينقد رأس المال قبل الافتراق صح لأنه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لأن الدين لا يتعين في البيع ألا ترى أنهم لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل البيع فينقصد صحهما

(قوله ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس مال السلم قائم جائز) السلم (خلافه زفر) وانما قيد بقيام رأس المال لأنهما لو أسقطاه بعد انقائه أو أسقطه لا كذا لا يعود صحهما انقائه بالاهلاك صار دينا في ذمة المسلم اليه فلو صح كان رأس مال هودين وذلك لا يجوز ولا يجوز في ابتداء العقد ولأنه الآن في معنى الابتداء اذ قبل الاسقاط لم يكن للعقد وجود شرعا وقول الشافعي ومالك كقول زفر (وقد مر نظيره) في باب البيع الفاسد وهو ما اذا باع الى أجل مجهول ثم أسقط الأجل قبل حلوله يتقلب جائزا عندنا خلافا لهم قال المصنف رحمه الله (وجملة الشروط جمعها الى آخره) فأعلام رأس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتجميعه تتم خمسة ومن صفته أن يذ كر من النقد الفلاني اذا كان في البلد نقود مختلفة المالية متساوية في الرواج كقولنا عدلية أو غطريفية فان لم تختلف وتساوت رواجا يعطيه من أي شاء ولو تفاوتت رواجا انصرف الى غالب نقد البلد كافي البيع وينبغي في ديارنا اذا سمي مؤدية يعطيه الاشرفية والحققية لتعارف تسمية الكل مؤدية والاستواء في المالية والرواج واعلام المسلم فيه يشتمل على مثله خلافا للتجمل وتأجيله وبيان مكان الايقاع يتم أحد عشر وأما القدرة على تحصيله فالظاهر أن المراد منه عدم الانقطاع فان القدرة بالفعل في الحال ليس هو شرطاً عندنا ومعنا أنه لو اتفق بجزءه عند الحلول وافلاس لا يبطل السلم وقد بقي ما قدمناه من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وان لا يكون خبوا وانما قدر رأس المال اذا كان نقدا عند أبي حنيفة خلافا لهما وإن لا يشتمل البدين احدي على الربا وعدم الخيار فظهر أن قوله وجلة الشروط لم يتم ثم فرع على اشتراط القبض في السلم أنه لو أسلم مائتين في كرخطة (منها مائة دين على المسلم اليه ونقده مائة أن السلم في حصة الدين باطل لغوات قبضه ولا يشيع الفساد) في الكل خلافا لفرق رحمه الله وجه قوله أنه فساد قوي لتكثفه في صلب العقد وايضا فقد جعل قبول العقد في صحة الدين شرط القبول في صحة النقد فهذا شرط فاسد ولنا أن الفساد طارئ فلا يشيع في غير محل الفساد أما ان أضاف العقد الى مائتين مائتين مائتين قال أسلمت اليك مائتين في كذا ثم جعل احدهما الدين فقطاهر وأما ان أضاف الى الدين والعين جميعا بأن قال أسلمت مائة الدين وهذه المائة في كذا فكذلك وإن قيل يفسد في الكل عند أبي حنيفة لما ذكرنا من اشتراط القبول في حصة الدين والبيع أن الجواب فيه ما عدم انفساد عنده لأن العقد لا يقيده بالدين ولو قيد به بدليل من اشترى عبدا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل الا اذا كانا يعلمان عدم الدين فيفسد لاسر آخر وهو أنهم ما حينئذ هازلان بالبيع حيث عقدا بيعا بلاتين بخلاف ما لو كانت المائة على ثابته فإنه يشيع الفساد ولذا قيد المصنف

فانه يتقلب جائزا عندنا خلافا لفرق قال (وجملة الشروط جمعها) جمع المائتين جملة شروط السلم في اعلام رأس المال وهو مشتمل على بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته وفي تعيينه والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم وفي اعلام المسلم فيه وهو يشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدرة وفي تأجيله يعني الى أجل معلوم وقد تقدم بيان مقداره وفي بيان مكان الايقاع كإحراه وفي القدرة على تحصيله وهو أن لا ينتطح كإيننا (فإن أسلم مائتي درهم في كرخطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة تنقد فالمسلم في حصة الدين باطل) سواء أطلق المائتين ابتداء أو أضاف العقد في احدهما الى الدين لغوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لأن الفساد طارئ اذا السلم وقع صحهما أما اذا أطلق ثم جعل المائتين من رأس المال قصاصا بالدين فلا اشكال في طروقه كالمو باع عبيدين ثم مات أحدهما قبل القبض كان الباقي

مبيعا بالحصه طارئا وأما اذا أضاف الى الدين ابتداء فكذلك ولهذا الرنقد رأس المال قبل الافتراق صح وهذا لأن النقود لا تتعين في العقود اذا كانت عينا فكذلك اذا كانت دينا فصار الاطلاق والتقييد سواء ألا ترى أنه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل البيع حيث لم يتعين الدين فينقصد السلم صحه ما يبطل بالافتراق لما بينا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ وقيد بقوله (مائة منها دين على المسلم اليه) لأن الدين على غيره يوجب شيوع الفساد لأنهم ليست بحال في حقهما

قال (ولا يجوز التصرف في رأس المال والمسلم فيه الخ) لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لأنه شرط صحة السلم احترازاً عن الكالئ بالكالئ فلو جاز التصرف بالبيع والهبة والوصية ونحوها فاق الشرط (٣٤٥) وهو معنى قوله فلما فيه من

تفويت القبض المستحق بالعقد ولا في المسلم فيه كذلك لأنه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا بأس به بعده لأن المقبوض بعقد السلم كالعين المشتري فـ رأس المال ان كان مثلياً جازاً ان يبيع مراحمة وان كان قيمي لا يجوز الا بئمن عنده ذلك الثمن (ولا تجوز الشركة)

وهو ان يشتري شخص آخر في المسلم فيه (و لا التولية) وصورتها ظاهرة وانما خصه ما بالذكري بعد ما دخل في العموم لانهم اكثر وقوعاً من المراحمة والوضعية وقيل احتراز عن قول البعض ان التولية جائزة لانها اقامة معروف فانه يولي غيره ما يولي (فان تقايلاً السلم لم يكن لرب السلم ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئاً حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذوا الا منكم أو رأس مالك) يعني حالة البقاء وعند الفسخ وهذا نص في ذلك (ولانه أخذ شهاباً بالمبيع)

(قوله لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لانه شرط صحة السلم) أقول يعني ان القبض شرط صحة السلم (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذوا

قال) (ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض) أما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد وأما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز (ولا تجوز الشركة والتولية في المسلم فيه) لانه تصرف فيه (فان تقايلاً السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئاً حتى يقبضه كله) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذوا الا منكم أو رأس مالك أي عند الفسخ ولانه أخذ شهاباً بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه

كون المائة ديناً على المسلم اليه لان المائة على الاجنبى ليست مالاً في حقه ما وحين لم يتقيد بالدين لم يتحقق الفساد بمجرد ذلك بل بالافتراق بلاقبض تلك المائة ولهذا لو نقد المائة قبل الافتراق صح السلم وحينئذ لم يلزم قوله جعل القبول في الفساد شرطاً الى آخره اذ لم يلزم الفساد بالاضافة لفظاً الى الدين وكان الفساد ملزماً بالاشبهة \* وقال في المنظومة

ان كان رأس المال نوعين نقد \* هذا ودين ذلك فالحل فسد  
ان لم يبين قسطاً وقسطاً ذا \* والبر في الشعيير والزيت كذا

فاستشكلت على مسألة الكتاب فقبل انما قيد بالنوعين لانه اذا كان من جنس واحد لا يتعدى الفساد كذا كفي الهداية واستشكله صاحب الحواشي على قول أبي حنيفة لانه اذا ورد العقد على شيئين وفسد في أحدهما يفسد في الآخر لانه يصير قبول الفساد شرطاً الى آخره قال الأثراني في الفساد المقارن الذي تمكن في صلب العقد لا في الطارئ وهذا طارئ لان قبض رأس المال شرط لبقاء العقد على الصحة أما العقد في نفسه فصحيح واستشكله الشيخ حافظ الدين في المصنف بأن هذا يقتضي أن لا يفسد في النقد اذا كان رأس المال نوعين أيضاً ثم قال يحتمل أن الفساد باعتبار أن معرفة رأس المال شرط عنده ولم يبين حصة كل منهما من المسلم فيه فهي المسئلة التي قدمها المصنف فترجمها على اشتراطه معرفة مقدار رأس المال اذا كان مما يتعلق بالعقد على قدره فاذا قوبل بشيئين كان الانقسام بطريق القيمة وذلك يعرف بالخز والظن وهو مجهول انتهى وهو جيد ما فرعه المصنف على اشتراطه معرفة مقدار رأس المال الا أن على هذا الحاجة الى تقييد المنظومة بكون أحدهما ديناً فانه لو كان عينيين فسد فيهما ذلك أيضاً (قوله ولا يجوز التصرف في رأس المال ولا المسلم فيه قبل القبض أما الاول) وهو رأس المال فانما لا يجوز للمسلم اليه التصرف قبل قبضه لما في ذلك من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعاً قبل الافتراق (وأما الثاني) وهو المسلم فيه (فانه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز) لما تقدم من الدليل فلا تجوز هبته ولا الاستبدال به أما لو دفع المسلم اليه ما هو أردأ من المشروط فقبله رب السلم أو أجود فانه يجوز ولا يكون له حكم الاستبدال فانه جنس حقه فهو كترك بعض حقه واسقاطه في حق رب السلم ومن جنس القضاء في حق المسلم اليه وقول القدوري بعد ذلك (ولا تجوز الشركة و لا التولية) مع دخولهما في عموم التصرف في المسلم فيه اقرب وقوعهما في المسلم فيه بخلاف المراحمة والوضعية فانه غير معتمد ولا نعين وفي الوضعية اضطرار رب السلم في بيعه وجودهما بخلاف أخذ بمثل ما اشتراه فانه قسرب والشركة هي معنى أخذ بمثل ما اشتراه وقيل هو احتراز عن قول البعض ان التولية تجوز عنده في بيع العين والسلم (قولا) فان تقايلاً السلم لم يكن له أي لرب السلم (أن يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئاً حتى يقبضه كله) لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذوا الا منكم أو رأس مالك) أخرجه أبو داود وابن ماجه معناه عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره وهذا يقتضي أن لا يأخذ الا هو ورواه الترمذي وحسنه وقال لا أعرفه

(٤٤ - فتح القدير خامس) الاسلام أو رأس مالك يعني حالة البقاء وعند الفسخ أقول قوله عند الفسخ ناظر الى قوله أو رأس مالك قوله الاسلام وقوله عند الفسخ ناظر الى قوله أو رأس مالك

(لأن الأقالة بيع جديد في حق ثالث) وهو الشرع والبيع يقتضى وجود العقود عليه والمسلم فيه لا يصلح لذلك (السقوطه) بالأقالة (ق) لا بد من (جعل رأس المال مبيعاً) ليرد عليه العقد والالكان ما فرضناه ببيعاً يمكن بيعه هذا خلف باطل وهو صالح لذلك لكونه ديناً مثل المسلم فيه وإذا أمكن أن يكون الدين معقوداً عليه ابتداءً فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم فلان يمكن ذلك ابتداءً فيما هو بيع من وجه دون وجهه كان أولى وإذا ثبت شبهه بالمبيع والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض فكذلك ما أشبهه فان قيل إذا كان كذلك وجب قبض رأس المال في المجلس اعتباراً لابتداءه بالابتداء (لأنه) أى لأن عقد الأقالة (ليس في حكم الابتداء من كل وجه) لأنه يبيع في حق الكل والأقالة يبيع في حق ثالث (٣٤٦) لا غير وليس من ضرورة اشتراط القبض في الأول اشتراطه في الثاني

وخذ الآن الأقالة يبيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً لسقوطه فجعل رأس المال مبيعاً لأنه دين مثله لأنه لا يجب قبضه في المجلس لأنه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر رحمه الله والحجة عليه ما ذكرناه قال (ومن أسلم في كثر حنطة فلما حل الأجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا أو أمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء

مرفوعاً إلا من هذا الوجه وأخرجه الدارقطني عن سعيد الجوهري وعلي بن الحسين الدرهمي باللفظ المذكور وقال الثقف للدرهمي وقال إبراهيم بن سعيد فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله وهذا هو حديث المصنف وعطية العوفي ضعفه أحمد وغيره والترمذي يحسن حديثه فهو مختلف فيه فحديث حسن ورواه عبد الرزاق موقوفاً على ابن عمر أخبرنا مهران عن قتادة عن ابن عمر قال إذا أسلف في شيء فلا تأخذ إلا رأس مالك أو الذي أسلفت فيه وأسند عن أبي الشعثاء نحوه من قوله فقوله لا تأخذ إلا ما أسلف في شيء فلا يبعد لقيام العقد أو رأس مالك أى عند الفسخ فاستنبط منه أنه اعتبر كل بيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه (وهذا) أى كونه أخذ شبهاً بالمبيع (ب) سبب (أن الأقالة يبيع جديد في حق ثالث) غير المتعاقدين والشرع ثالث وعرف أن صحتها تتوقف على قيام المبيع إلى القبض ألا ترى أنه لو هلك المبيع بعد الأقالة يبيع قبل القبض تبطل الأقالة وذلك غير ممكن هنا لأن الأقالة تسقط المبيع لأنه دين لا عين فيبطل في غير ذلك كما قد دحضت فيلزم أنه اعتبر رأس المال بمنزلة المبيع ضرورة لأنه دين مثله المسلم فيه وجعل الدين مبيعاً ليس محالاً وأورد عليه لو كانت بيعاً جديداً لكانت يبيع سلم لأنها أقالة يبيع سلم فكان يلزم قبض رأس المال عند الأقالة في المجلس ولم يلزم بالإجماع فأجاب عنه المصنف (بأنه) يعنى عقد الأقالة (ليس في حكم الابتداء من كل وجه) وأجاب غيره بأن لزوم قبضه قبل الافتراق لئلا يفترقا عن دين بدين وذلك انما يكون إذا كان المسلم فيه مما يجب تسليمه ولم يجب ذلك بعد الفسخ بالأقالة ويمكن جعل جواب المصنف على هذا بتكليف يسير وحاصل جواب صاحب الإيضاح أن رأس المال جعل كلسم فيه والقبض ليس شرطاً فيه فليس شرطاً له (وفي خلاف زفر) أى في منع الاستبدال برأس مال السلم من المسلم اليه بعد أقالة السلم فعنده يجوز أن يشتري به ما شاء وهو القياس لأنه بالأقالة بطل السلم وصار رأس المال ديناً عند المسلم اليه فيستبدل به كسائر الديون قال (والحجة عليه ما ذكرناه) من الآثار والمعنى فهو استحسان بالآثر مقدم على القياس (قوله ومن أسلم في كثر من أسلم في كثر) وهو مستون فقير أو أربعون على خلاف فيه والفقير ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف (فلما حل الأجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم أن يقبضه قضاء) عن المسلم فيه فاقضاه رب السلم بحقه بأن

بالضرورة فإن ثبت بالتنبيه وهو أن اشتراط القبض في الابتداء كان الاحتراز عن الكالني بالكالني والمسلم فيه سقط بالأقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض والتأمل يغني عن هذا السؤال لأن رأس المال إذا صار معقوداً عليه سقط اشتراط قبضه فالسؤال بوجوب قبضه لا يرد لكن المصنف دفع وهم من عسى يتوهم نظراً إلى كونه رأس المال وجوب قبضه ولو أبرز ذلك في مبرز الدليل على انقلابه معقوداً عليه حيث لا يجوز قبضه ولو بقي رأس المال لوجب كان أدنى على طريقة قوله في أول الكتاب ويجوز بأى لسان كان سوى الفارسية وهي طريقة قوله

ولا عيب فيهم غير أن سيوفهم من قول من قرا الكتاب (قوله وفيه) أى في جعل رأس المال بعد الأقالة

مبيعاً خلاف زفر) هو يقول رأس المال بعد الأقالة صار ديناً في ذمة المسلم اليه فكما جاز الاستبدال بسائر الديون كاله جاز به الدين (والحجة عليه ما ذكرناه) من الحديث والمعقول قال (ومن أسلم في كثر فلما حل الأجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا أو أمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء) حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم كان من مال المسلم اليه

(قوله فيما هو يبيع من وجهه دون وجهه) أقول وهو الأقالة (قوله لأن عقد الأقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجهه لأنه يبيع في حق الكل) أقول ضميراً لأنه راجع إلى الابتداء (قوله وهي طريقة) أقول ليس ذلك على طريقته كما لا يخفى على من له أدنى مسكة

(وان أمره أن يقبضه لاجل)

المسلم اليه ثم انفسه فاكاله  
له ثم اكاله انفسه جاز لانه  
اجتمعت صفقتان بشرط  
الكيل) الاولى صفقة المسلم  
اليه مع بائعه والثانية  
صفقته مع رب السلم (فلا بد  
من الكيل مرتين لنهي  
النبي صلى الله عليه وسلم عن  
بيع الطعام حتى يجري  
فيه صاعان وهذا هو محل  
الحديث على ما مر) في الفصل  
المتصل بباب المراجعة  
والتواصة قال فيه ومحل  
الحديث اجتماع الصفقتين  
على ما تبين (قوله والسلم  
وان كان سابقا) جواب  
عما يقال ببيع المسلم اليه مع  
رب السلم كان سابقا على  
شراء المسلم اليه من بائعه  
فلا يكون المسلم اليه بائعا  
بعد الشراء فلا تحقق  
الصفقة الثانية لتدخل  
تحت النهي وتقريره القول  
بموجب العلالة لذلك (لكن  
قبض المسلم فيه لاحق)  
وقبض المسلم فيه (عنزلة  
ابتداء البيع) لان المسلم  
فيه دين في ذمته والمقبوض  
عين وهو غير الدين حقيقة  
وان جعل عينه في حق  
حكم خاص وهو حرمة  
الاستبدال ضرورة فلا  
يتعدى فيبقى فيما وراءه  
كالبيع فيحقق البيع بعد  
الشراء بشرط الكيل فقد  
اجتمعت الصفقتان فلا بد  
من تكرار الكيل

وان أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكاله ثم اكاله لنفسه جاز) لانه اجتمعت الصفقتان  
بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري  
فيه صاعان وهذا هو محل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا لكان قبض المسلم فيه لاحق وانه  
عنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال  
فيحقق البيع بعد الشراء

اكاله مرة وحازه اليه لم يكن مقتضيا حقه حتى لو هلك بعد ذلك لم يملك من مال المسلم اليه ويطلبه رب  
السلم بحقه (وان أمره أن يقبضه له) أي للمسلم اليه (ثم يقبضه لنفسه فاكاله) أي رب السلم  
للمسلم اليه (ثم اكاله) مرة أخرى (لنفسه) صار مقتضيا مستوفيا حقه وهذا (لانه اجتمعت  
صفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام  
حتى يجري فيه صاعان) صاع البائع وصاع المشتري (وهذا هو محل الحديث على ما مر) في الفصل  
الذي يلي باب المراجعة حيث قال المصنف ومحل الحديث اجتماع الصفقتين والفقهاء فيه أن المستحق  
بالعقد ما سمي فيه وهو الكثر وهو انما يتحقق بالكيل فلو كان الكيل معينا للسحق بالعقد وهذا ان  
عقدان ومشتريان فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه ألا ترى أن الثاني لو كاله فزاد لم تطب له الزيادة  
ووجب ردها حتى لو كان المشتري كاله لنفسه بخضرة المشتري الثاني فقبضه الثاني لا بد من أن يكيله  
اقامة لحق العقد الثاني والصفقتان شراء المسلم اليه من بائعه الكثر والصفقة التقديرية التي اعتبرت بين  
المسلم اليه ورب السلم عند قبضه لان المسلم اليه يصير بائعا مع رب السلم ما اشتراه لان المأخوذ ليس  
عين حقه فانه دين وهذا عين قاصصه به وقد أخذوا في صحة الامر أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه  
وعندي ليس هذا بشرط بل الشرط أن يكيله مرتين حتى لو قال له اقبط الكثر الذي اشتريته من فلان  
عن حقل فذهب فاكاله ثم أعاد كيلا صار قابضا لان الفرض أنه لا يصير قابضا لنفسه بالكيل الاول  
بل الثاني فلما قال له اقبطه عن حقل والمخاطب يعلم طريق صيرورته قابضا لنفسه أن يكيله مرة للقبض  
عن الآخر وثانيا يصير هو قابضا لنفسه فتعمل ذلك صار قابضا حقه كأنه قال له اذهب فافعل ما تصير  
به قابضا ولفظ الجامع يفيده ما قلنا فانه لم يزد فيه على قول فاكاله ثم اكاله لنفسه جاز وقوله (والسلم  
وان كان سابقا الى آخره) جواب سؤال مقدر وهو أن يقال ببيع رب السلم مع المسلم اليه كان سابقا  
على شراء المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشراء ما اشتراه فلم تجتمع الصفقتان فلا  
يدخل تحت النهي فاجاب بقوله السلم وان كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه (لكن قبض) رب  
السلم (المسلم فيه لاحق) لشرائه من بائعه (وانه) أي قبض المسلم فيه (عنزلة ابتداء البيع لان العين غير  
الدين حقيقة) واعتباره عينه في حق حكم خاص وهو صحة قبضه عن المسلم فيه كي لا يلزم الاستبدال به قبل  
قبضه لا يستلزم اعتباره اياه مطلقا فأنخذ العين عنه في حكم عقد جديد فيتحقق ببيع المسلم اليه بعد شرائه  
من بائعه والدليل على هذا الاعتبار ما قال في الزيادات لو أسلم مائة في كره ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم  
كر حنطة عبائي درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكثر لم يجز لانه اشترى ما باع بأقل مما  
باع قبل نقد الثمن يريد أن رب السلم اشترى ما باعه وهو الكثر قبل نقد الثمن بأقل مما باعه وانما يلزم ذلك  
اذا جعل عند القبض كأنه ما جدد العقد او مثل هذا اقيما لو أسلم في موزون معين واشترى المسلم اليه موزونا  
كذلك الى آخره لا يجوز قبض رب السلم بخلاف ما لو اشترى المسلم اليه حنطة مجازفة أو ملكها بارت أو هبة  
أو وصية أو وفاة رب السلم فأكاله مرة ويجوز به يكتفى بكيل واحد لانه لم يجد الا عقدا واحدا بشرط الكيل  
وهو السلم ولو اشترى المعدود وعدا أو السلم في معدود فعلى الروايتين في وجوب إعادة العد في بيع المعدود



(و) ان (كان) الكرم (قرضا فأمرو) المستقرض المقرض (بقبض الكرم) ففعل (جاز لان القرض اعارة ولهذا ينبغي عقد بلفظ الاعارة) ولم يكن اعارة لم يملك الشيء بحجسه نسيئة وهو ربا ولهذا (٨ ٤ ٣) لا يلزم التأجيل في القرض لان التأجيل في العواري غير لازم فيكون المردود

وان لم يكن سلما وكان قرضا فأمرو به بقبض الكرم جاز لان القرض اعارة ولهذا ينبغي عقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان قال (ومن أسلم في كرفأمر رب السلم أن يكيه المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وعو غائب لم يكن قضاء) لان الامر بالكي لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنهما المديون فيه لم يصح قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمستلة بحالها صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع ألا ترى أنه لو أمره بالطحن كان الطحن في السلم للمسلم اليه وفي الشراء لا تشتري لصحة الامر وكذا اذا أمره أن يصبه في البحر في السلم بهلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري وينقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح

بعد شرائه عدا هذا (فلو لم يكن سلما) ولكن أقرضه (فأمره بقبض الكرم) ولم يقل أقبضه في تم قبضه لنفسك فقبضه بأن اكثاله مرة (جاز لان القرض اعارة ولهذا ينبغي عقد بلفظ الاعارة وكان المردود عين المأخوذ مطلقا فلم تجتمع صفقتان) فلم يجب الكيل لان هذا الاعتبار في القرض لو لم يكن بائنا لم يملك الشيء بحجسه نسيئة أو تفرق بلا قبض فيه وهو ربا ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لانه يبيع بحجسه نسيئة وكذا لو كان الدين الاول سلما فالمأجل اقترض المسلم اليه من رجل كرا أو أمر رب السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا وهذا لان عقد القرض عقد مساهلة لا يوجب الكيل بخلاف البيع مكابلة أو موازنة ولهذا لو استقرض من آخر حنطة على أنه عشرة أقفزة جاز له أن يصرف فيها قبل الكيل (قوله ومن أسلم في كرفأمر رب السلم المسلم اليه أن يكيه له في غرائر رب السلم) والموضع موضع الانضمام فيه مال الكنة أظهره لدفع الاتباس (ففعل وهو) أي رب السلم (غائب لم يكن قضاء) حتى لو هلك هلك من مال المسلم اليه والتقييد بغيته لانه لو كان فيها ورب السلم حاضر يصير قابضا بالاتفاق سواء كانت الغرائر له أو للبائع (لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين لا العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه جاعلا ملك نفسه فيها فصار كالمالك كان عليه دراهم فدفع) الدائن اليه كيسا (ليزنهما المديون فيه لم يصح قابضا) هذا اذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام بالتردد فان كان قبل لا يصير قابضا لما قررنا أن امره غير معتبر في ملك الغير قال في المبسوط والاصح عندي أنه يصير قابضا لان امره بمخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يتميز معتبر فيصير به قابضا وهو نظير ما سيذكر في كتاب الصرف فبين دفع نصف درهم الى صائغ وقال زد من عندك نصف درهم وصنع لي به ما جئت ففعل جاز وصار بالمخلط قابضا (ولو كانت مشتراة) غير مسلم فيها (والمسئلة بحالها) أي دفع المشتري غرائره للبائع وأمره أن يكيه افيها ففعل بغيته (صار قابضا لان الامر قد صح) هنا (لانه ملك عين الحنطة بمجرد البيع فصادف أمره ملكه) ونظيره ما لو أمره بطحن الحنطة المسلم فيها فطحنها المسلم اليه كان الدقيق للمسلم اليه فلو أخذ رب السلم الدقيق كان حراما لانه استبدل بالمسلم فيه قبل قبضه ولو كانت مشتراة فأمر المشتري البائع أن يطحنها فطحنها كانت للمشتري فلو هلك الدقيق في الاول هلك من ملك المسلم اليه ويعود دين رب السلم عليه كما كان ولو هلك في الثاني هلك من ملك المشتري ونقرر الثمن عليه ومثله (اذا أمر) رب السلم المسلم اليه (أن يصبه في البحر ففعل كان من مال المسلم اليه) ولو أمر المشتري البائع به كان قابضا في ذلك (من مال المشتري لما قلنا وهذا يكتفى بذلك الكيل) الواحد (في الشراء في الصحيح

عين المقرض (مطابقا حكما) فلا تجتمع الصفقتان) وكذا لو استقرض المسلم اليه من رجل وأمر رب السلم بقبضه يكتفى فيه بكيل واحد قال (ومن أسلم في كرفأمر رب السلم الخ رجل أسلم في كرفأمر رب السلم أن يكيه المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو) أي رب السلم (غائب لم يكن له في غرائره طعام فانه لا يكون قضاء) فلو هلك هلك من مال المسلم اليه (لان الامر بالكيل لم يصادف ملك الامر) حقه في الدين لا في العين فلا (يصح) الامر (وصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر من رب السلم وقد جعل ملكه فيها فصار كالمالك كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنهما المديون فيه حيث لم يصح قابضا) ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع غرائره الى البائع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشتري غائب صار قابضا لانه ملكه بالشراء لا محالة فصح الامر لمصادفته الملك واذا صح صار البائع وكيل عنه في امساك الغرائر فبقيت الغرائر في يد المشتري حكما فما وقع فيها صار في يد المشتري (قوله ألا ترى) توضيح لتمسكه

بالبيع (فانه اذا أمره بالطحن في السلم كان الطحن للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري) واذا أمره أن يصبه في البحر في السلم لانه ففعل هلك من مال المسلم اليه (وفي الشراء من مال المشتري) وليس ذلك الا باعتبار صحة الامر وعدمها وصحته موقوفة على الملك فلو لانه ملكه لما صح أمره ويجوز أن يكون توضيحا لقوله لان الامر قد صح (ولهذا) أي ولان الامر قد صح (يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح

لأن البائع نائب عنه في الكيل) فان قيل البائع مسلم فكيف يكون متسماً بأجاب بقوله (والقبض بالوقوع) أي وتحقق القبض بالوقوع (في غرض المشتري) فلا يكون مسلماً ومتسماً وانما قال في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفي بكيل واحد كما بظاهر ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه من بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وقد مر قبل باب الربا (ولو أمر المشتري البائع أن يكيل في غرض البائع ففعل لم يصير) المشتري (قابضاً لأنه استعار غرضه ولم يقبضها فلم تصير الغرائر في يده) لأن الاستعارة تبرع فلا تتم بدون القبض فكذلك ما وقع فيها وصار كالأمر أنه يكيله ليدو يعزله في ناحية من بيت البائع لأن البيت بنواحيه في يده فلم يصير المشتري قابضاً لأنه مستعير لم يقبض (قوله ولو اجتمع الدين والعين) بوجه رجل أسلم (٣٤٩) في كرخطة فلما حل الاجل اشترى

من المسلم اليه كرا آخر بعينه ودفع غرضه اليه ليحبل الدين) أي المسلم فيه والعين وهو المشتري فيم افلا يحل البائع من أن يجعل فيها أو لا الدين أو العين فان كان الثاني (صار) المشتري قابضاً لهما جميعاً أما العين فلحصة الامر فيه مصادقة الملك فكان يعمل المأمور كفعل الآخر ورده لا يصلح نائباً عن المشتري في القبض كالوكاله بذلك نصوا وأوجب بأنه ثبت ضمناً ولم يثبت قصداً وأما الدين فلا تصاله بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت القبض (ممكن استقرض خبطة وأمره أن يزرعها في أرضه وكن دفع الى صائغ خاتماً وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار) ولا يشك بالصبيغ فان الصبيغ والبيع اتصال بملك المستأجر ولم يصير قابضاً لأن المعقود عليه في الاجارة الفعل لا العين والفعل

لأنه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرض المشتري ولو أمره في الشراء أن يكيله في غرض البائع ففعل لم يصير قابضاً لأنه استعار غرضه ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده فكذلك ما يقع فيها وصار كالأمر أنه يكيله ليدو يعزله في ناحية من بيت البائع لأن البيت بنواحيه في يده فلم يصير المشتري قابضاً ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضاً أما العين فلحصة الامر فيه وأما الدين فلا تصاله بملكه وبماله يصير قابضاً كمن استقرض خبطة وأمره أن يزرعها في أرضه وكن دفع الى صائغ خاتماً وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار وان بدأ بالدين لم يصير قابضاً أما الدين فلعدم صحة الامر وأما العين فلا تصاله بملكه قبل التسليم فصار مستملاً كما عند أبي حنيفة رحمه الله فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به من جهة لجواز أن يكون مراده البداة بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في الخلط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما

لأنه نائب عنه في الكيل والوقوع في غرض المشتري) وقوله في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفي الا بكيلين على ما مر قبل باب الرابح بالوقوع في البيع أمر المشتري البائع أن يكيله في غرض البائع ففعل بغيره لم يصير قابضاً (لأنه استعار غرضه ولم يقبضها) فلم تتم الاعارة لانها كانت عقد تبرع لم تتم الا بالقبض (فلم تصير الغرائر في يده فكذلك ما يقع فيه) على تأويل الظرف ونحوه (وصار كالأمر المشتري) البائع (أن يكيله ليدو يعزله في مكان من بيت البائع) ففعل بغيره لم يصير قابضاً (ولو اجتمع الدين والعين) بأن اشترى رب السلم من المسلم اليه كرا معينا بعد حلول السلم فأمره أن يكيل في غرض المشتري كليهما ففعل بغيره ان بدأ بالكره العين ثم بالمسلم فيه صار المشتري قابضاً لهما (أما العين فلحصة الامر فيه) لأنه لا في ملكه (وأما الدين فلا تصاله بملكه وبماله يصير قابضاً كمن استقرض خبطة) ولم يقبضها (ثم أمر) المقرض (أن يزرعها في أرض المستقرض وكن دفع الى صائغ خاتماً وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار) ففعل بغيره لزمته الزيادة فقرر رد لها عليه لاتصال ملكه فيهما (وان بدأ بالدين) فكذلك في الغرائر (لم يصير قابضاً) أما في الدين فلعدم صحة الامر (لما قلنا) (وأما) في (العين) فلا تصاله بملكه مال المشتري) بجنسه من مال نفسه (يصير مستملاً كما عند أبي حنيفة فينتقض البيع) به الاستهلاك المبيع قبل القبض لا يقال هذا الخلط ليس بملكه لكونه مستملاً لانه بأمره أجاب المصنف بمنع اذنه فيه على هذا الوجه لجواز كون مراده أن يفعل ذلك على وجه يصح وهو أن يبدأ بالعين (وعندهما) لما لم يكن استهلاكاً يصير المشتري (بالخيار ان شاء نقض البيع) لعيب الشركة وان شاء شاركه في الخلط) وأورد أن صبغ الصباغ يتصل بالثوب ولا يصير ملكه قابضاً به أجيب بأن المعقود عليه ثمة

لا يتجاوز الفاعل فلم يصير متصلاً بالثوب فلا يكون قابضاً وان كان الاول لم يصير قابضاً أما الدين فلعدم صحة الامر لعدم مصادقة الملك لأن حقه في الدين لا في العين وهذا عين فكان المأمور بجعله في الغرض متصرفاً في ملك نفسه فلا يكون فعلاً كفعل الآخر (وأما العين) فلا تصاله بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عند أبي حنيفة فينتسخ العقد) فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فلا يتقض البيع أجاب بأن الخلط على هذا الوجه ما حصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير به الآخر قابضاً هو الذي كان مأذوناً به وفي عبارة المصنف تسامح لانه حكم بكون الخلط غير مرضي بجزء واستدل بقوله (لجواز أن يكون مراده البداة بالعين) فيكون الدليل أعم من المدعى ولا دلالة للاعم على الاختص ويجوز أن يقال كلامه في قوة الامانة فكأنه قال ولا نسلم ان هذا الخلط غير مرضي به (قوله لجواز) سند المنع فاستقام الكلام (وعندهما) المشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء شاركه في الخلط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما

قال (ومن أسلم جارية في كرحنطة ودفع الجارية الى المسلم اليه ثم تقايلا فباعت الجارية في يده اليه فباعه فباعتها ولم تسطع الاقالة ثم انكروا انهم سألوا تقايلا بعد ذلك الجارية كانت الاقالة صحيحة لانهم تعمدت بقاء العقد وبيع بغير المعقود وعليه وفي السلم المعقود عليه وهو الم فيه فصحت الاقالة حال بقاءه واذا صح ابتداء بيع انتهاء لان البقاء أسهل من الابتداء واذا انتفى العقد في السلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه رد قيمتها وقامت مقام الجارية فكان أحد العوضين كان قائما فلا (٣٥٠) رد ما قبل ان الجارية قد حلت والمسلم فيه سقط باذالة فصار كولاك العوضين في

قال (ومن أسلم جارية في كرحنطة وبيعها للمسلم اليه ثم تقايلا فباعت في يده المشتري فعليه قيمتها ثم قبضها ولو تقايلا بعد ذلك الجارية جاز) لان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وذلك ببقاء المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقاءه واذا جاز بقاءه وانما قالوا ان يبقى انتهاء لان البقاء أسهل واذا انتسخ العقد في السلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه رد قيمتها ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد ذلك كما فلا تصح الاقالة ابتداء ولا تبقى انتم انما لان عدم محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة وتبقى بعد ذلك أحد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه قال (ومن أسلم الى رجل دراهم في كرحنطة فقال المسلم اليه شرطت رد يا وقال رب السلم لم تشتر شيئا فالقول قول المسلم اليه) لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيدير بوعلى رأس المال في العادة

المقايضة وهو جميع الاذلة وقد تقدم في الاقالة ما يفرق بين المقايضة وبين بيع اسارية والاراسم حيث بطلت الاذلة في البيع عند ذلك بقاءه وابتداء وما في الكتاب ظاهر لا يحتاج الى شرح قال (ومن أسلم الى رجل دراهم في كرحنطة الخ) اذا اختلف المتعاقدان في صحة السلم فمن كان متعنتا وهو الذي ينكر ما ينفعه كان كلامه باطلا وهذا بالاتفاق ومن كان مخاصما وهو الذي ينكر ما يضره كان القول قوله ان ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد القول قول المنكر وان أنكر الصحة وعلى هذا اذا أسلم رجل في كرحنطة ثم اختلفا فقال المسلم اليه شرطت رد يا وقال رب السلم لم تشتر شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره صحة

الفعل لا العين والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال (قوله ومن أسلم جارية في كرحنطة) حاصل هذه والتي بعدها الفرق بين الاقالة في السلم والبيع بالثمن وبيع المقايضة في السلم تجوز الاقالة قبل هلاك الجارية وبمده لان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وهو بقاء المبيع الى أن يقبض في السلم المبيع قصدا هو المسلم فيه فهلاك الجارية وعدمه لا يعدم الدين المسلم فيه فيجوز الاقالة اذا مات قبل الاقالة أو بعدها قبل القبض اقيام المعقود عليه وهو المسلم فيه واذا جازت انفسخ في الجارية تبعا فيجب ردّها وقد يجز فيرد قيمتها يوم القبض لان السبب الموجب للضمان كان فيه فصار كالغصب وفيما لو كان اشترى جارية بالف درهم مثلا لا تجوز الاقالة بعد موتها وتبطل لو مات بعد الاقالة قبل القبض لان الجارية هي المعقود عليه في البيع فلا تصح الاقالة بعد موتها ولا تبقى على الصحة اذا حلت بعد حلو كان البيع مقايضة بأن دفع الجارية في ثوب تبقى الاقالة بعد ذلك كما اذا كان العرض الآخر باقيا لان كلامهم مبيع من وجه (قوله ومن أسلم الى رجل الى آخره) الاصل في هذه المسائل انهم اذا اختلفا في الصحة فان خرج كلام أحدهما مخرج التعنت وهو أن ينكر ما ينفعه كان باطلا اتفاقا والقول قول من يدعى الصحة وان خرج مخرج الخصومة وهو أن ينكر ما يضره قال أبو حنيفة القول قول من يدعى الصحة أيضا اذا اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر وقال القول قول المنكر وان أنكر الصحة اذا عرف هذا حجتنا الى المسائل (أسلم الى رجل في كرحنطة فقال المسلم اليه شرطت رد يا وقال رب السلم لم تشتر شيئا فالقول قول المسلم اليه) بالاتفاق وهو قول الشافعي (لان رب السلم متعنت) لانه بانكار الصحة منكر ما ينفعه وهو المسلم فيه (لانه) على كل حال (يربوعلى رأس المال في العادة) وان كان رأس المال نقدا أو المسلم فيه نسيئة لان العتلاء قاطبة على اعطاء هذا العاجل

السلم لان المسلم فيه يربوعلى رأس المال عادة فكان القول لمن يشهد له الظاهر فانه ما اتفقا على عقد واحد بذلك واختلافا فيما لا يصح العقد بدونه وهو بيان الوصف والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهدا للمسلم اليه وقول من شهد له الظاهر أقرب الى الصدق وفيه بحث لاننا نسلم ان المسلم فيه يربوعلى رأس المال (قوله ومن كان مخاصما وهو الذي ينكر) أقول لا يخفى عليه كخالفه تعريف المخاصم لقوله وان كان خصمه هو المنكر ظاهرا ودفعه باعتبار المعنى والصورة كما سيجي (قوله لأن رب السلم متعنت في انكاره صحة السلم لان المسلم فيه الى قوله فانه ما اتفقا على عقد واحد الخ) أقول فعلى هذا المقرر يكون التعرض لتعنت رب السلم ضائعا بغير المقصود بدونه

استحقاق الربح وإن أنكر الصحة وعند أبي حنيفة القول قول المسلم إليه لأنه يدعي الصحة وقد اتفق على عقد واحد لأن السلم عقد واحد إذ السلم الحلال فاسد ليس به عقد آخر واختلاف في جوازه وفساده وكأنه متفقين على الصحة ظاهرا لو جهن أحدهما أن السلم من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة واتفق أن الإقدام على العقد التزام بشرائطه والأجل من شرائط السلم فكان اتفادهما على العقد اقرارا بالصحة فالمنكر به منه ساع في نقض ما تم به وإنكاره إنكار بعد الإقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فانهما إذا اختلفا في اتفق على محل الاختلاف فانهم إذا افسدت كانت اجارة وإذا صححت كانت شركة فإذا اختلفا في المدعى للصحة مدع لعقد والمدعى للفساد مدع لعقد آخر خلافة ووحدة العقد عند (٣٥٣) الاختلاف في الجواز والفساد تستلزم اعتبار الاختلاف للموجب للتناقض

استحقاق الربح وإن أنكر الصحة وعند أبي حنيفة رحمه الله القول للمسلم إليه لأنه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسئلة المضاربة لأنه ليس بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فيبقى مجرد دعوى استحقاق الربح أما السلم فلازم فصارا الأصل أن من خرج كلامه اتفقا فالقول لصاحبه بالاتفاق وإن خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول للمدعى الصحة عنده وعندهما المنكر وإن أنكر الصحة

استحقاق (زيادة الربح) وإن تضمن ذلك إنكار الصحة ووقع في بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة وهي غلط لأن على هذا التقدير القول للمضارب ولأن إنكاره الزيادة على ذلك التقدير لا على هذا (وعند أبي حنيفة القول للمسلم إليه) وهو قول الشافعي (لأنه يدعي الصحة وقد اتفق على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا) إذا نظر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد ولأنه هو المفيد لتتمام الفرض المقصود من مباشرته وهو ثبوت الملك على وجهه لا يجب نقضه ورفع شراؤه لأن شرط الشيء تسع له بالاتفاق على صدور هذا العقد اتفاقا على صدوره بشرائطه فانكاره لا أجل إنكاره بعد الإقرار ظاهرا فلا يقبل وصار كالأختلاف الزوجان في التزوج بشهود أو بلاشهود فالقول لمن يدعيه بشهود (بخلاف المضاربة) لأنه أي عقد المضاربة (ليس بلازم) ولهذا يمكن رب المال من عزله قبل شرائه برأس المال وكذا المضارب له فسخه وإذا كان غير لازم ارتفع باختلافهما وإذا ارتفع بقي دعوى المضارب في استحقاق الربح ورب المال ينكره فالقول له (أما السلم ف) بمقد (لازم) فلا يرتفع بالاختلاف فكان مدعى الفساد متناقضا ظاهرا كما ذكرنا ولأن عقد المضاربة إذا صح كان شركة وإذا افسد صار اجارة فلم يتفقا على عقد واحد فان مدعى الفساد يدعي الاجارة ومدعى الصحة يدعي الشركة فكان اختلافهما في نوع العقد بخلاف السلم الحال وهو ما يدعيه منكره لأجل سلم فاسد لا عقد آخر فلهذا يحتج به في عينه لا بسلم في شيء فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحته وفساده فالقول للمدعى الصحة واستشكل بما قال في المضاربة رب المال شرطت نصف الربح وزيادة عشرة فان القول للمضارب ولتبق لاختلاف في نوع العقد أجب بأن المضارب ادعى الشركة والصحة ورب المال أقبله بذلك بقوله شرطت لك نصف الربح ثم قوله وزيادة عشرة عطف عليه يدعي الفساد لأن أول الكلام لا يتوقف على آخره فيه بخلاف قوله الأعشرة بالاستثناء فإنه يتوقف أن صدر الكلام مع الاستثناء كلام واستدقيل فيه نظرا لأن في الأصول فيما إذا زوجه الفضولي أختين في عقدين فقال أجزت نكاح هذه وهذه يفسدان لأنه توقف أوله على آخره بوجود الغير في آخره وإن كان بحرف العطف وأورد أيضا بما إذا قال تزوجتك وأنا صغير وقالت بل بعد

المردود لو حدة المحل وعدم وحدته تستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل وأما كان السلم عقدا واحدا كان الاختلاف فيه إنكارا بعد الإقرار وهو تناقض فلم يعتبر بالإنكار وأما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفا ولا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبرا فكان المضارب يدعي استحقاق شيء في مال رب المال وهو منكر والقول قول المنكر وعبر المصنف رحمه الله عن الوحدة بالزوم لأنه بالفساد لا يتقلب عقدا آخر وعن غيرهما بغير الزوم لا تقلا به عقدا آخر عند الاختلاف فإن قبل هذا العذر الذي ذكرتم في المضاربة يشكل بما لو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لك نصف الربح فإن القول للمضارب وكان

الواجب أن لا يعتبر الاختلاف ويكون القول لرب المال لأنكاره ما يدعيه المضارب في ماله فالجواب أن العذر بلوغ المذكور كان مبنيا على انتفاء ورود النفي والاثبات على محل واحد وهو ما قد ورد عليه لأن رب المال قد أثبت له بقوله شرطت لك نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك إنكار بعد الإقرار لأن المعطوف يقر والمعطوف عليه كما إذا شهد أحد الشاهدين بالثبوت والآخر بالنفي وخمسائة على ما سيأتي فيكون النفي والاثبات وردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول للمدعى الصحة وهو المضارب كما في السلم وهذا المحل مختص بهذا الكتاب وجهه المقلد موعه

(قوله والثاني أن الإقدام على العقد التزام بشرائطه) أقول لشرائط العقد أو لشرائط صحته الأول مسلم وليس لأجل من شرائط العقد بل من شرائط صحته والثاني غير مسلم

قال (ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولها وعرضها ورقعة) لانه اسلم في معلوم مقدور اتساعه على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه

بل غلغ قاله قول الزوج مع انه يدعى فساد العقد احيب باندمما اقر بأصل العقد بل انكر محبت أسنده الى حال عدم الاخلاصة واعلم ان انكار الاجل على ثلاثة اوجه أحدها في أصل الاجل وحسب مثل الكتاب والثاني في مقدار الاجل والقول فيه قول من يدعى الأقل مع عينه فان قامت بينة لم يدعى الا كتر قضي بها وان قامت لكل منهما فالبينه بينة مثبت الزيادة والثالث في مضي الاجل اذا قال رب السلم مضى الاجل المسمى وقال المسلم اليه لا فالقول قول المسلم اليه مع عينه لانه ينكر بوجه المطالبة عليه ومن أقام بينة قضى له فان أقامها فالبينه بينة المطالب لانها تثبت زيادة الاجل وهذا الاختلاف في مقدار الاجل لا يوجب التخالف عندنا خلافا لفرقنا لانه ليس في المعهود عليه ولا في بدله بخلاف الاختلاف في الصفة يعني انهما هو فانهم ما يتخالفان لان الوصف جار مجرى الأصل وفي الخلاصة اذا شرط في السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى انه جيد وانكر الطالب فالقاضي يرى اثنين من أهل تلك الصنعة وهذا أحوط والواحد يكفي فان قال الجيد أجبر على القبول واذا اختلفا في السلم يتخالفان استحسانا ويبدأ بين المطالب عند أبي يوسف ثم يرجع وقال بين الطالب وهو قول محمد وان قامت لاحدهما بينة قضى بها وان قامت لهما بينة قضى بينة رب السلم بسلم واحد عند أبي يوسف والمسئلة على ثلاثة اوجه لان رأس المال امة بين أو دين وكل وجهه على ثلاثة اوجه اتفق على رأس المال واختلفا في السلم فيه أو على القلب أو اختلفا فيهما فان كان رأس المال عينا واختلفا في السلم فيه لا غير مثال الطالب هذا الثوب في كرخنطة وقال الآخري نصف كرا وفي شعير أو في الخنطة الردئة وأقاما قضى بينة رب السلم بالاجماع وان اختلفا في رأس المال فقال أحدهما هذا الثوب وقال الآخري هذا العبد واتفق على السلم فيه انه الخنطة أو قال أحدهما هذا الثوب في كرخنطة وقال الآخري في كرتشعير وأقاما بينة قضى بالسلمين فحمد سر على أصله وأبو يوسف يقول كل يدعى عقدا غير ما يدعيه الآخرون ان كان رأس المال دراهم أو دنانير ان اتفقا على رأس المال واختلفا في السلم فيه وأقاما بينة فالبينه لرب السلم ويقضى بسلم واحد عند أبي يوسف خلافا ل محمد وان كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الخلاف ولو اختلفا فيهما فقال أحدهما عشرة دراهم في كرى حنطة وقال الآخري خمسة عشر في كرا وأقاما فعند أبي يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرين ولا يقضى بسلمين وعند محمد يقضى بسلمين عقد بخمسة عشر في كرت وعقد بعشرة في كرين ولو ادعى أحدهما أن رأس المال دراهم والآخري دنانير لم يذ كر هذا وينبغي أن يقضى بسلمين كافي الثوبين وفيه أسلم في ثوب وشرط الوسط فجاء بجيد وقال خذ هذا وزني دراهم فعلى وجوه اما ان كان كيليا أو وزنيا أو ذريا ففي الكيل فان أسلم في عشرة أقدرة فجاء بأحد عشر وقال زني درهما جاز لانه باع قفيزا بمن معلوم ولو جاء بثمنه وقال خذ وأرد عليك درهما فقبل جاز أيضا فانه اقاله في البعض فيجوز كافي الشكل ولو جاء بحنطة أجود أو أرد فأعطى درهما لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز وقد مناته في الاردا والاجود ويجوز بالاجماع اذا لم يكن معه شيء آخر وفي الثوب ان جاء بأزيد ذراع وقال زني درهما جاز وهو يسع ذراع بدرهم يمكن تسليمه بخلاف بيعه مفردا وكذا اذا أتى بالزائدة من حيث الوصف فانه يجوز عندهم وان جاء بانقص فردمعه درهما لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد لانه اقاله فيما لا يعلم حصته لان الذراع وصف وحصته مجهولة هذا اذا لم بين لكل ذراع حصته فان بين جاز بلا خلاف وكذا لو جاء بانقص وصفه لا يجوز ولو بأزيد وصفه جاز الكل في الأصل (قوله) ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولها وعرضها ورقعة لانه أسلم في معلوم والرقعة يراد بها قدر ولا خلاف في هذا بل في اشتراط وزنه اذا كان حريرا فان عند باقي الأئمة الثلاثة لا يشترطونه والوجه به اظاهر وكذا

قال (ويجوز السلم في الثياب الخ) السلم في الثياب جاز اذا بين الطول والعرض والرقعة يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد غلظته وتخاته لانه أسلم في معلوم مقدور التسليم وان كان ثوب حرير وهو المختار من الابريسم المطبوخ لا بد من بيان وزنه أيضا لان قيمة الحرير يختلف باختلاف الوزن فذكر الطول والعرض ليس بكاف ولا ذكرا لوزن وحده لان المسلم اليه رعايات في وقت حياول الاجل بقطع حرير بذلك الوزن وليس ذلك بمراد للحالة وأما في الثياب فالوزن ليس بشروط وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله اشتراط الوزن في الوزاري وما يختلف بالنقل والخفة



قال (ولا يجوز السلم في الجواهر الخ) العددى التى تتفاوت آحاده في المسالية كالجواهر والذكى والرمان والبطيخ لا يجوز السلم فيه لانفساء الى النزاع وفى التى لا تتفاوت آحاده كالجوز والبيض جاز اذا كان من جنس واحد وفى صفار النوازل التى تباع وزنا يجوز السلم فيه لانهما يعلم بانو زن فلا تتفاوت فى المسالية (ولابأس بالسلم فى اللبن والآجر) اذا اشترط فيه ملبنا معرونا لانه اذا سمي الملبن صار التفات بين لبن ولبن يسيرا فيكون ساقط الاعتبار فيلحق (٣٥٤) بالعددى المتقارب قال (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره

(ولا يجوز السلم فى الجواهر ولا فى الخرز) لان آحادها متفاوتة فتفاوتها فاحشا وفى صفار النوازل التى تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن (ولابأس بالسلم فى اللبن والآجر اذا سمي ملبنا معلوما) لانه عددى متقارب لاسما اذا سمي الملبن قال (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه) لانه لا يقضى الى المنازعة (وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه) لانه دين وبدون الوصف يسقى مجبه ولا جهالة تقضى الى المنازعة (ولابأس بالسلم فى طست أو قفص أو خفين أو نحو ذلك اذا كان يعرف) لاستجماع شرائط السلم (وان كان لا يعرف فلا خير فيه) لانه دين مجهول قال (وان استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا) للاجماع الثابت بالتعامل

جاز السلم فيه الخ) هذه قاعدة كلمة تشمل جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز فيه يجهل من وجهين أحدهما أنه عكسها فقال وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ولا يعكس قولنا كل انسان حيوان الى كل مالىس بانسان ليس بحيوان والثانى أنه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع والاصل ذكر القاعدة أولا ثم فروع الفروع عليها والجواب عن الاول أن جواز السلم يستلزم إمكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم فليسلم فى كبل معلوم الحديث وحينئذ كان مثل قولنا كل انسان ناطق وهو يعكس الى قولنا كل مالىس بانسان ليس بناطق وعن الثانى أن تقديم القاعدة على الفروع يلقى بوضع أصول الفقه وأما فى الفقه فالمقصود معرفة المسائل الجزئية فتقدم الفروع ثم يذكرها هو الاصل الجامع للفروع

يجوز فى البسط والاكسية والمسوح والجوارى والبولارى اذ اباين الطول والعرض والصنعة وكل ما اختلفت قيمته بالخفة والنقل من الثياب عرفا كالوذارى يشترط بيان وزنه ولو كان البيع نابجا فى المتقى اذا باع ثوبى حر يدا بيد لا يجوز الاوزان وزن وهذا هو الصحيح فى السلم بخلاف البيع لان الاشارة بكتفى بتعريفها فى البيع غاية الامر عدم معرفة ثمنه وهو كعدم معرفة عدد قفصان الصبرة وهو غير مانع وفى الطول يذكر عدد الذراعان يجب أن يتوسط عند الذراع بين ارجاء الثوب ومده ان كان الذراع مختلف الطول فلا بد من تعيينه الا أن يكون أحدهما هو المتعارف واذا دخل ثياب الحرير الوزن لم أن لا يجوز بيعها بجنسها بآخر اقل اذا ذكر القدرى أن يبيع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لا يجوز الاوزان كما وانى الصفر (قوله ولا يجوز السلم فى الجواهر) بلا خلاف الا المالك (ولا فى الخرز لان آحادها متفاوتة فتفاوتها فاحشا) فى المسالية فان الجواهر رتين قديمتان وزنا ويختلفان قيمة باعتبار حسن الهيئة اللهم الا فى الصغار التى تدق للكحل والتداوى فيجوز وزنا (ولابأس بالسلم فى اللبن والآجر اذا سمي ملبنا معلوما) لانه عددى متفاوت اذا سمي الملبن وقوله (لا سيما اذا سمي الى آخره) يعطى أنه متقارب فلا يشترط تسمية الملبن بل اذا سمي يكون أحسن وليس كذلك بل متفاوتة فتفاوتها فاحشا وذكر بعضهم انه لا يجوز بيع مائة آجرة من أنون وفى عرف بلادنا يسمى منه قينا أو قيرا وهو الذى يبنى لبشوى فيه الاجر والحجارة تعمل حبر لانه يتفاوت فى النضج فتفاوتها فاحشا فلا يجوز بيعه وألحقناه فى السلم بالمتفاوت المتقارب (قوله وكل ما أمكن ضبط صفته الى آخره) لا خلاف فيه كالقطن والكتان والابريس والتماس والنير والحديد والرصاص والصفر والحناء والوسمة والر يا حين اليابسة والجذوع اذ اباين طول وعرضها وغلظا والقصب وصنوف الاخشاب ويجوز السلم فى التبن كىلا بالغرائر وقيل هو موزون وقيل يعتبر التعارف وفى عرفنا كىلا فى شمالك الليف يسمى منه أهل العرف شفيقا (قوله ولا بأس بالسلم فى طست أو قفص أو خفين أو نحو ذلك) كالكوز والالنية من التماس والزجاج والحديد والقلنسوة والطواجن اذا ضبط واستقصى فى صفته من الغلظ والسعة والضيق بحيث يتصور فلا يتفاوت الا يسيرا (قوله وان استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا) الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو أوانى الصفر اصنع لى خفاطوله كذا أو سعتة كذا أو دستاى برمة تسع كذا وزنها كذا على هيئة

المتقدمة (ولابأس بالسلم فى طست أو قفص أو خفين أو نحو ذلك اذا اجتمع فيها شرائط السلم والا فلا خير فيه) أى لا يجوز كذا لان الجواز خير فينتفى قال (وان استصنع شيئا من ذلك بغير ذكر الاجل جاز الخ) الاستصناع هو أن يجي انسان الى صانع فيقول اصنع لى شيئا صورته كذا وقدره كذا بكذا درهم او يسلم اليه جميع الدراهم أو بعضها أو لا يسلم وهو لا يخاف اما أن يكون فيما فيه تعامل واليه أشار بقوله شيئا من ذلك أى مما تقدم من طست وقفص وخفين أولا والثانى لا يجوز زقياسا واستحسانا كما سيجي والاول يجوز استحسانا (قوله أحدهما انه عكسها الخ) أقول فيه انه ليس عكس الاول بل الحكم الكلى فى الثانى لا تقفاه الشرط فقامل

والقياس يقتضي عدم جواز له لأنه بيع المعدوم وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان وخص في السلم وهذا ليس به  
لأنه لم يضرب له أجل إليه أشار قوله بغير أجل وجه الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل فان الناس في سائر الاعصار تعارفوا  
الاستصناع فيما فيه تعامل من غير تكبير والقياس يتركه كدخول الحمام ولا يشكل بالمزارة فان فيها للناس تعامل وهي فائدة عند  
أبي حنيفة رحمه الله لان الخلاف فيها كان ثابتا في الصدر الاول دون الاستصناع واختلنا في جواز هـل هو بيع أو عـدة والعـدة هي  
بيع لأعدة وهو مذهب عامة مشايخنا وكان الحاكم الشهيد يقول هو مواعدة بنقود العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا ولهـذا ثبت لكل  
واحد منهما الخيار وجه العامة أنه سماه في الكتاب بيعا وأثبت فيه خيار الرؤيه وذكر القياس والاستحسان ولا نه يجوز فيما فيه تعامل  
لا فيما لا تعامل فيه كما اذا طلب من الخائف أن ينسج له ثوبا بغزل من عنده (٣٥٥) أو الخياط أن يخط له قميصا بكمباس  
من عنده والمواعدة تجوز

وفي القياس لا يجوز لأنه بيع المعدوم والصحيح أنه يجوز بيع الأعدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما  
والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لمن صنعته أو من صنعتته قبل العقد فأخذته جاز  
كذا بكذا ويعطى الثمن المسمى أو لا يعطى شيئا في عقد الألة خر معه جاز استحسانا تبعاً للعين والقياس ان  
لا يجوز وهو قول زفر والشافعي اذا لم يكن اجارة لانه استجار على العمل في ملك الاجير وذلك لا يجوز  
كـلـو قال اـجـل طـعامك من هـذا المـكان الى مـكان كذا بكذا أو اصـبغ ثوبـك أحـمر بكذا لا يصح ولا يـبـعـا لانه  
بيـع مـعدوم ولو كان مـوجودا لمـو كـالغـير العاقـد لمـ يجز فـاذا كان مـعدوما فهو أولى بعدم الجواز ولكن جازناه  
استحسانا للتعامل الرجوع الى الاجماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليوم بلا تكبير والتعامل  
بهـذه الصـفة أصـل مـندرج في قـوله صلى الله عليه وسلم لا تجتمع أمـتي على ضلالة وقد استصنع رسول  
الله صلى الله عليه وسلم خاتما واحتجهم صلى الله عليه وسلم وأعطى الخاتم مع أن مقدار عمل الخاتمة وعدد  
كرات وضع المحاجم ومصبها غير لازم عند أحد ومثله شرب الماء من السقاء وسمع صلى الله عليه وسلم  
بوجود الحمام فأباحه بمنزله ولم يبين له شرطا وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على  
هـذا الوجه الـآن وهو أن لا يذكر عددا ما يصيبه من ملء الطاسة ونحوها فقصناه على ما فيه تعامل  
وفيما لا تعامل فيه رجعنا فيه الى القياس كأن يستصنع حائكا أو خياطاً لينسج له أو يخط له قميصا بغزل  
نفسه ثم اختلف المشايخ أنه مواعدة أو معاقدة فالحاكم الشهيد والصفاق ومحمد بن سلمة وصاحب  
المنثور ومواعدة وانما بنقود عند الفراغ بيعا بالتعاطي ولهذا كان الصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه  
بخلاف السلم والمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه ولا تلزم المعاملة وكذا المزارة على  
قول أبي حنيفة لقصد افساده ما مع التعامل ثبتت الخلاف فيهما في الصدر الاول وهذا كان على  
الاتفاق والصحيح من المذهب جواز بيعه لان محمداً ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان  
في المواعدة ولأنه جوزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه ولو كان مواعدة جاز في الكل وسماه  
شراء فقال اذا رآه المستصنع فهو بالخيار لانه اشترى ما لم يره ولان الصانع يملك الدراهم بقبضها ولو كانت  
مواعيد لم يملكها واثبت أبي اليسر الخيار لكل منهما لا يدل على أنه غير بيع ألا ترى أن في بيع  
الفايضة لو لم يركل منهما عين الآخر كان لكل منهما الخيار وحين لزم جوازه علمنا أن الشارع اعتبر  
فيها المعدوم موجودا وفي الشرع كثير كذلك كطهارة المستحاضة وتسمية الذابح اذا نسها والرهن  
بالدين الموعود وقراءة المأموم وقوله (والمعقود عليه العين دون العمل) نفي لقول أبي سعيد البردي

هو العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لمن صنعته أو من صنعتته قبل العقد فأخذته جاز (وفيه نفي لقول أبي سعيد البردي فانه يقول  
المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع طلب الصنع وهو العمل وعورض بأنه لو كان يبيع ما بطل بيعت أحد المتعاقدين لكنه يبطل بيعت  
أحدهما ذكره في جامع قاضيان وأجيب بأن الاستصناع شبه بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبه بالبيع  
(قوله ولهـذا ثبت لكل واحد منهما الخيار) أقول أي في رواية عن أبي حنيفة (قوله ألا ترى أنهما اذا تبايعا الخ) أقول ولما حكم  
الشهيد أن يقول فيما ذكرتم كل واحد منهما لم يره فخير لذلك وفيما نحن فيه لا يمكن أن يجعل الصانع مشتريا لما لم يره فلا وجه لخياره الا  
ما قرناه فتأمل (قوله فان قيل انما يصح ذلك الخ) أقول الحصر ممنوع فانه يجوز أن يعتبر الصنع المعدوم موجودا الا أن يقال المشار  
اليه بقوله ذلك كونه بيعا لا اعتبارا به موجودا

من حيث ان المقصود منه العين المستصنع فليشبهه بالاجارة قلنا يطل بموت أحدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود أحر ينافسه القياس والاستحسان وأثبتنا خيار الرؤية ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع فان قيل أي فرق بين هذا وبين الصانع فان في الصنع العمل والعين كما في الاستصناع وذلك اجارة محضة أجيب بأن الصنع أصل والصنع له فمكان المقصود فيه العمل وذلك اجارة وردت على العمل في عين المستأجر وههنا الأصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعا ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه الا بالعمل أشبهه الاجارة في حكم واحد لا غير (ولا يتعين) المستصنع (الاختيار) المستصنع (حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وهذا كله) أي كونه بيعا لا عدة وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تعيينه الاختيار (هو الصحيح) وهو احتراز عما قيل في كل منها على خلاف ذلك قال (وهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه الخ) أي المستصنع بعد الرؤية بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه لا أنه اشترى ما لم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط فيجب على العمل لأنه بائع باع ما لم يره ومن هو كذلك لا خيار له وهو الأصح بناء على جعله بيعا لا عدة وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضا ان شاء فعل وان شاء تركه لدفع الضرر عنه لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضر وهو قطع الصرم وانسلاف الخيط وعن أبي يوسف أنه لا خيار له لما أما الصانع فلما ذكرنا أولا وأما المستصنع فلان الصانع أكلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل الى بدلته فلو ثبت له الخيار لضرر الصانع لان غيره لا يشتر به عمله ألا ترى أن الرأفة اذا استصنع منها ولم يأخذها فالعالم لا يشتر به أصلا فان قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا أجيب بجواز أن يكون الرضا (٣٥٦) على ظن أن المستصنع مجبور على القبول فلما علم اختياره عدم رضاه فان قيل ذلك

ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال (وهو بالخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه) لأنه اشترى ما لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الأصح لأنه باع ما لم يره وعن أبي حنيفة رحمه الله ان له الخيار أيضا لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضر وهو قطع الصرم وغيره وعن أبي يوسف أنه لا خيار له لما أما الصانع فلما ذكرنا أولا وأما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرار بالصانع لأنه ربما لا يشتر به غيره عمله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالتياب لعدم الجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا أمكن اعلامه بالوصف ليتمكن التسليم وانما قال بغير أجل لأنه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير لماعند أبي حنيفة خلافا لهما ولو ضرب به فيما لا تعامل فيه يصير لمبا بالاتفاق لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيه ويجعل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح

لجهل منه وهو لا يصلح عذرا في دار الاسلام أجيب بأن خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا ولم يجب على كل واحد من المسلمين في دار الاسلام علم أقوال جميع المجتهدين وانما الجهل ليس بعذر في دار الاسلام في الفرائض التي لا بد لقامة الدين منها لا في حياة اجتهاد جميع المجتهدين وفيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة بمحترم بلغت فان لها خيار البلوغ فان سكنت بجهلها بان لها

المعقود عليه العمل لان الاستصناع بني عنه كما قلنا والاديم والصرم بمنزلة الصنع والدليل عليه ما ذكرناه من قول محمد لأنه اشترى ما لم يره وإذا وجع به مفر وفا لا من صنعة أو من صنعة قبل العقد فأخذه جاز وانما يطل بموت الصانع لشبهه بالاجارة وفي الذخيرة هو اجارة ابتداء ببيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل أنهم قالوا اذا مات الصانع يطل ولا يستوفى المصنوع من تركته ذكره محمد في كتاب البيوع فان قيل لو انعقد اجارة أجبر الصانع على العمل والمستصنع على

الخيار بطل خيارها لان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر مع أنه ليس من الفرائض التي لا بد لقامة الدين منها ولا يجوز اعطاء الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقصان ابقائه على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالاجماع وقوله بغير أجل في أول المسئلة احتراز عما اذا ضرب له أجل فيما فيه تعامل فانه حينئذ يكون لماعند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وأما اذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه فانه يصير لمبا بالاتفاق والمراد بضرب الاجل ما ذكره على سبيل الاستمهال أما المذهب كور على سبيل الاستمهال بان قال على أن يفرغ غدا أو بعد غدا لا يصير لمبا لان ذكره حينئذ للفراغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم ويحكي عن الهندواني أن ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو للاستمهال فلا يصير به لمبا وان كان من قبل الصانع فهو وسلم لأنه ذكره على سبيل الاستمهال وفيما اذا صار لمبا يعتبر شرائط السلم المذكورة لهما في الخلافة ان اللفظ حقيقة في الاستصناع وتقريره ان ذكر الاستصناع يقتضي أن لا يكون لمبا لان اللفظ حقيقة فيه وهو ممكن العمل وذكر الاجل يقتضي أن يكون لمبا لكنه ليس بممكن فيه بل يحتمل أن يكون للتعجيل واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحمول فيحمل الثاني على الاول (بخلاف ما لا تعامل فيه فانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح

(قوله وعن أبي يوسف أنه لا خيار له لما أما الصانع فلما ذكرنا) أقول ذكره قبل أسطر وهو قوله لأنه بائع باع ما لم يره (قوله اختيار بعض المتأخرين الخ) أقول بل هو ظاهر الرواية عن أئمتنا الا انه لا منافاة بينهما فاقبل (قوله وفيه نظر لان غير الاب والجد) أقول لا يخفى عليك ان ما ذكره النظر التام على السند الاخص وأنه لا يجدي نفعا (قوله يعتبر شرائط السلم) أقول من تعجيل راس المال واستقصاء الوصف

ولاب حنيفة رحمه الله أنه يرى يحتمل السلم (وتتبرره) لأن السلم لا يقتضيه حكم في الاستصناع فإن ذكر الابل أدخل في حيز الاحتمال وإذا كان  
 حنيفة لا يرى من كان حمله على السلم أولى لأن جوازه بالاجتماع بلا شبهة فيه (وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة) يربطه أن في فعل الصانع  
 نهائهم الاستصناع شبهة ولأن السلم ثابت بآية المداينة والسنة دون الاستصناع

(٣٥٧)

مسائل منسوبة

أي هذه مسائل من كتاب  
 البيوع نشرت عن أبيها  
 ولم تذكر مرة فاستدركت  
 بذكرها هنا قال (ويجوز  
 بيع الكلب والفهد  
 والسمك) بيع الكلب وكل  
 ذي لب من السباع جائز  
 مع ما كان أو غير مع ما في  
 رواية الأصل أما الكلب  
 المعلم فلا يشترط في جوازه  
 لأنه آلة الحراسة والاصطياد  
 فيكون محسلاً للبيع لأنه  
 منتفع به حقيقة وشرعاً  
 فيكون مالا وأما غير المعلم  
 فلا يمكن أن ينتفع به  
 بغير الاصطياد فإن كل  
 كلب يحفظ بيت صاحبه  
 ويمنع الأجانب عن الدخول  
 في بيته ويحجز عن الجاني  
 ينأيه فساوى المعلم في  
 الانتفاع به (وعن أبي يوسف  
 أن بيع الكلب العقور)  
 أي الجارح (لا يجوز لأنه  
 غير منتفع به) ولأنه صلى  
 الله عليه وسلم نهى عن  
 امساك دأمر بقتله قلما كان  
 قبل ورود الرخصة في اقتناء  
 الكلب للصيد وللأشياء  
 أو للزرع

وعدم جواز خيار الرؤية  
 (قوله يريد به أن في فعل

ولاب حنيفة أنه يرى يحتمل السلم وجواز السلم بالاجتماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة  
 فكان الحمل على السلم أولى والله أعلم

### مسائل منسوبة

قال (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) وعن أبي يوسف أنه لا يجوز  
 بيع الكلب العقور لأنه غير منتفع به

اعطاء المسمى أجيب بأنه إنما يجزى بالصانع لأنه لا يمكنه إلا بالتسليم لا يملكه من قطع الأديم ومحسوه  
 والاجارة لنفسه بهذا العذر ألا ترى أن المزارع له أن لا يعمل إذا كان البذر من جهته وكذا رب  
 الأرض لأنه لا يمكنه المضي بهذا الاجارة إلا بذلك والمستصنع ولو شرط تجليله لأن هذه الاجارة في الآخرة  
 كسائر أعماله ولأن جواز الاستصناع للحاجة وهي في الجواز لا لزوم ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع  
 قبل أن يراه المستصنع لأن العقد غير لازم وأما بعد ما رآه فالأصح أنه لا خيار للصانع بل إذا قبله المستصنع  
 أجبر على دفعه لأنه بالآخرة بائع والله أعلم

### مسائل منسوبة

المسائل التي تشد عن الأبواب المتقدمة فلم تذكر فيها إذا استدركت سميت مسائل منسوبة أي متفرقة عن  
 أبوابها (قوله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) هكذا أطلق في  
 الأصل فثنى بعضهم على إطلاقه كلفه دوري وفي نوادر هشام عن محمد بن نصر على جواز بيع الكلب  
 العقور وتضمن من قتله قيمته وروى الفضل بن غانم عن أبي يوسف نصه على منع بيع العقور وعلى  
 هذا مشى في المبسوط فقال يجوز بيع الكلب إذا كان بحال يقبل التعليم ونقل في النوادر أنه يجوز  
 بيع الجرو لأنه يقبل التعليم وإنما لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم وقال هذا  
 هو الصحيح من المذهب قال وهكذا نقول في الاسد إذا كان يقبل التعليم ويصطاد به يجوز بيعه وإن كان  
 لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز قال والفهد والباري يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال  
 انتهى فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز بيع النمر بحال لأنه لشربه لا يقبل تعليمها وفي بيع القرد روايتان عن  
 أبي حنيفة رواية الحسن الجوزي رواية أبي يوسف بالمنع وقال أبو يوسف أكره بيعه لأنه لا منفعة له إلا ما هو  
 لله وهذه جهة محترمة وجه رواية الجوزي أنه يمكن الانتفاع بمجده وهذا هو وجه رواية إطلاق بيع الكلب  
 والسمك فإنه مبني على أن كل ما يمكن الانتفاع بمجده أو عظمه يجوز بيعه ويجوز بيع الهرة لأنها  
 تصطاد الفأر والهوام المؤذية فهي منتفع بها ولا يجوز بيع هوام الأرض كالخنافس والعقارب والقاراة  
 والتمل والوزغ والقنافذ والضب والهوام البحر كالضفدع والسرطان وذكر أبو الليث أنه يجوز بيع  
 الحيات إذا كان ينتفع بها في الأدوية وإن لم ينتفع فلا يجوز ويجوز بيع الدهن النجس لأنه ينتفع به  
 للاستصباح فهو كالسرفين وأما العذرة فلا ينتفع بها إلا إذا خلطت بالتراب فلا يجوز بيعها إلا بعمال التراب

الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة أقول ظاهره مخالف لما أسلفه في رأس الصحيفة السابقة من الفرق بين الاستصناع والمزارعة  
 ثم أقول قال الاتقاني في تعليل الشبهة لأن السافعي ذكر الاستصناع انتهى وأنت خير بأن قول الشارح أقرب من قول الاتقاني

### مسائل منسوبة

(وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت مهر البغي وخن الكلب) السحت هو الحرام والبيع التام  
فبيع بمعنى فاعل وترك التام لما قابله عيل بمعنى منعول كقولهم ملحقه جديد (ولانه نجس العين) بدلالة نجاسة سورة فانه متول من النجس  
وما كان كذلك لا يجوز بيعه (٣٥٨) لان النجاسة تشعر به وان اخل وجوز ان البيع باعزازه فكانا متنافيين والنجاسة

وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت مهر البغي وخن الكلب  
ولانه نجس العين والنجاسة تشعر به وان اخل وجوز ان البيع باعزازه فكانا متنافيين ولنا انه  
عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية

المخلوط بخلاف الدم يمنع مطلقا (قوله وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب) مطلقا سواء كان للصيد  
أو لم يكن وأما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالاجماع لكن لا ينبغي أن يتخذ  
في داره الا ان خاف لصوصا أو أعداء الحديث الصحيح من اقتنى كلبا الا كلب صيد او ماشية نقص من  
أجره كل يوم قبرطان وجه قوله ما روى ابن حبان في صحيحه عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء بن  
أبي رباح عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان مهر البغي وخن الكلب وكسب الخنا من  
السحت وأخرجه الدارقطني بسندين فيهما ضعف وفي الصحيحين عن أبي مسعود الانصاري أن رسول  
الله صلى الله عليه وسلم نهى عن خن الكلب ومهر البغي وخن الكلب الكاخن وفي صحيح مسلم عن جابر أن  
النبي صلى الله عليه وسلم زجر عن خن الكلب (ولانه نجس العين والنجاسة تشعر به وان اخل وجوز ان البيع  
برفعه) فلا يجتمعان وعارضه المصنف بوجهين أحدهما (أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع  
الكلب الا كلب صيد او ماشية) وهو غريب بهذا اللفظ نعم أخرجه الترمذي عن أبي هريرة قال نهى  
النبي صلى الله عليه وسلم عن خن الكلب الا كلب صيد وضعفه الترمذي قال وقد روى أيضا عن جابر  
مرفوعا ولا يصح اسناده والاحاديث الصحيحة ليس فيها هذا الاستثناء لكن روى أبو حنيفة في مسنده  
عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أرخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في خن  
كلب الصيد وهذا سند جيد فان الهيثم ذكره ابن حبان في الثقات من أثبات التابعين فهذا الحديث على  
رأيهم يصلح خصصا والخصص بيان للمراد بالعام فيجوز وان كان دونه في القوة عندهم حتى أجازوا تخصيص  
العام القاطع بخبر الواحد ابتداء فبطل مدعاهم من عموم منع البيع ثم دليل التخصيص مما يعمل ويخرج  
من العام مرة أخرى وتعليل اخراج كلب الصيد ساطع أنه لكونه منفعلا به وخصوص الاصطباذ ملغى  
اذ لا يظهر موجب لذلك فصار الكلب المنتفع به خارجا سواء انتفع به في صيد أو حراسة ماشية وخارج  
العقور ومن مشى من أهل المذهب على التعميم في جواز بيع الكلب يقول كل كلب تنافى منه الحراسة  
فيجوز بيع الكل ويرد عليه أنه حينئذ نسخ لموجب العام بالتعليل ولا نسخ بقياس فالوجه أن يعمل  
دليل التخصيص بنفع لا تربو عليه مفسدة ويدعى في العقور أن مفسدته تربو على منفعة حراسته لان  
منفعته خاصة يقترب من اضرار عام للناس فيخرج ما سواه وقصر بعض الشارحين نظره على الحديث  
فحكم بأنه ليس دليل على المذهب بل ذكره لئلي مذهب الخصم أعني شمول المنع فيحتاج بعده الى  
دليل المذهب وليس الوجه الثاني وعلى تقريرنا يتم الاول أيضا وقد استدلل في الاسرار وغيره من  
الشروح على عموم بيع الكلب بأن عبد الله بن عمرو بن العاص روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم  
أنه قضى في كلب بأربعين درهما ولم يخص نوعا من أنواع الكلاب وهذا الحديث أولا لا يعرف  
الا موقوفا حدث به الطحاوي عن يونس وهو ابن عبد الاعلى عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو  
ابن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهما وقضى

ثابتة فكان البيع متفيا  
(ولنا أن النبي صلى الله عليه  
وسلم نهى عن بيع الكلب  
الا كلب صيد او ماشية)  
وهي التي تحرس المواشي  
واعترض بأن الدليل  
أنقص من المدعى فان  
المدعى جواز بيع الكلاب  
مطلقا والدليل يدل على  
جواز بيع كلب الصيد  
والماشية لا غير وأجيب  
بأن ذكره لا بطلان شمول  
العدم الذي هو مدعى الخصم  
وأما اثبات المدعى فثبت  
بحديث ذكره في الاسرار  
برواية عبد الله بن عمرو بن  
العاص رضي الله عنه أنه  
قال قضى رسول الله صلى  
الله عليه وسلم في كلب  
بأربعين درهما من غير  
تخصيصه بنوع وفيه نظر  
لان الطحاوي حدث في  
شرح الآثار عن يونس  
عن ابن وهب عن ابن جريج  
عن عمرو بن شعيب عن أبيه  
عن جده عبد الله بن عمرو أنه  
قضى في كلب صيد قتله  
رجل بأربعين درهما وهذا  
مخصوص بنوع كما ترى  
وقيل الاستدلال يدل على  
جواز بيع الكلب  
المعلم وغير المعلم سوى العقور

والحديث يدل على الاول والثاني ملحق به دلالة

(قوله وترك التام لما قابله عيل) أقول ويجوز أن يكون ترك التام فيه كترك التام في حامل وحائض (قوله كقولهم ملحقه جديد) أقول  
ويجوز أن يكون ترك التام فيه على تأويل الملحق بالعاقل (قوله قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب بأربعين درهما الخ) أقول  
ولا يصح فهذا حكمه حال فلا عموم له



ولانه متنتع به حراسة واصطيدافكان مالا فيجوز بيعه) واعترض بوجهين أحدهما أن الانتفاع بتنازع الكلاب لا ينعنه وذئ  
لا يسل على ماله عينه كالأدعي ينتفع بما قعد بالاجارة وهري ليس بمال والثاني أن شعر الخنزير ينتفع به إلا سا كفة وليس بمال وأجيب  
عن الاول بأن الانتفاع بعشرة الكلاب يقع فيما ملك العبد لا قصد في المنفعة الا ترى أنه يورث والمنفعة وحدها لا تورث بخبري  
الانتفاع بتنازع العبد والامة وجميع مالا يؤكل لحمه وعن الثاني بأن الخنزير محرم العين شرعا ثبتت الحرمة في كل جزء وسقط النجوم  
والاباحة لفسرورة النظر لا تدل على رفع الحرمة فيما عداها كإباحة لحمه (٣٥٩) حالة الخمسة وإذا ثبت أن مناط

الحكم الانتفاع ثبت في  
الفهد والنور والذئب بخلاف  
الهوام المؤذية كالحيات  
والعقارب والزنا بيرا لانها  
لا ينتفع بها (قوله والحديث  
محمول) جواب عن استدلال  
الشافعي بالحديث المروي  
وتقريره ما روى عن ابراهيم  
أنه قال روى عن النبي صلى  
الله عليه وسلم أنه رخص  
في غن كلب الصيد وذلك  
دليل على تقديمه في  
انتفاعهم كانوا ألقوا  
اقتناء الكلاب وكانت  
تؤدي الضيفان والغرباء  
فنهوا عن اقتنائها ففسق  
ذلك عليهم فأمر بوقته  
الكلاب ونهوا عن بيعها  
تحقيقا للزجر عن العادة  
المألوفة ثم رخص لهم  
بعد ذلك في ثمن ما يكون  
منتفعاً به من الكلاب  
فالحديث الذي رواه هو  
الذي كان في الابتداء  
ويجوز أن يقال الحديث  
مشترك الإلزام لانه قال  
ثمن الكلب والتمس في  
الختمه لا يكون الا في المبايعه  
(قوله ولا تسلم نجاسة العين)

ولانه متنتع به حراسة واصطيدافكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث  
محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا تسلم نجاسة العين ولو سلم فيجوز تناول دون البيع  
في كلب ماشية بكبس وثانيسا هو واقعة حال لا توجب العموم في أنواع الكلاب فجعلها ليس إلا على  
العموم خطأ فاعترض ثانياً ما هو قوله (ولانه ينتفع به حراسة واصطيدافكان مالا) يعني مالا يملكه  
متقوماً أما كونه مالا فلا لأن المال اسم لغير الأدعي خلق لمنفعته المطلقة شرعا وهذا كذلك فكان مالا  
وأما أنه يملك متقوم فلا نه محرز ما دون شرعا في الانتفاع به والمالك يثبت بالأحرار بدار الاسلام والتقوم  
بالتمول وكلاهما ما دون فيه شرعا إذ قد أذن الشرع في اقتناء كلب الماشية والصيد وإذا كان كذلك جاز  
بيعه ولا يخفى أن هذا المعنى لا يرجع على النص الصريح الصحيح غاية ما في الباب أن يسلم أنه مال محرز  
متقوم لكن ثبت منع الشرع من بيع هذا النوع من المال فأجاب المصنف بأدعاء نسخ المنع من ذلك  
وذلك لما قلنا أول الكلاب من أن الأمر يقتل الكلاب كان أمر المحقق في الاول من رسول الله صلى الله  
عليه وسلم ثم علم نسخ ذلك برواية ترك قلعا على ما حدث الطحاري عن أبي بكره قال حدثنا سعيد بن عاصم  
قال حدثنا شعبة عن أبي التياح عن مطرف عن عبد الله بن المغنل قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم  
بقتل الكلاب ثم قال مالي وللكلاب ثم رخص في كلب الصيد وفي كلب آخر نسيه سعيد ولهذا المعنى  
طرق كثيرة وجب حل ما روى من التشديد في سورها والنهي عن ثمنها أو بيعها ثم الترخيص في بيع النوع  
الذي أذن في اقتنائه الاول على الحالة الاولى والثاني على الثانية فكان منع البيع على العموم منسوخا  
باطلاق بيع البعض بالضرورة وأجاب عن قوله نجس العين بالمنع بدليل اطلاق الانتفاع به قال (ولو سلم  
فنجاسة عينه توجب حرمة أكله لا منع بيعه) بل منع البيع يمنع الانتفاع شرعا ولهذا أجزأنا بيع السرقين  
والبيع مع نجاسة عينه ما لا يطلق الانتفاع به ما عندنا بخلاف العذر لم يطلق الانتفاع بها فنع بيعها  
فإن ثبت شرعا اطلاق الانتفاع بخلافه بالتراب ولو بالاستهلاك كالاستصباح بالزيت التجس كما قيل  
جاز بيع ذلك التراب التي هي في ضمنه وبه قال مشايخنا وإنما امتنع بيع الخمر لخص خاص في منع  
بيعها وهو قوله صلى الله عليه وسلم فيما أخرج مسلم عن عبد الرحمن بن وعلة قال سألت ابن عباس عما  
يعصم من الغيب فقال ابن عباس رضي الله عنه ما نرجو إلا أهدى إلى النبي صلى الله عليه وسلم رواه  
خبر فقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم هل علمت أن الله حرم شربها قال لا قال فسألت أناسا فقال  
له رسول الله صلى الله عليه وسلم هم ساررته قال أمرته ببيعها فقال أن الذي حرم شربها حرم بيعها قال  
ففتح المزة حتى ذهب ما فيها وأخرج البخاري عن جابر أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح  
يقول وهو بمكة إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام فقيل يا رسول الله رأيت شعور الميتة  
فأنه يطفى بها الدهن ويدهن بها الجلود وبسته صبحهم الناس قال لا هو حرام ثم قال فأنزل الله اليهود  
حرم عليهم الشحوم فجعلوه قبايعه وأكلوا ثمنه وهذا يتم به شرح المسئلة المذكورة بعد هذه المسئلة

جواب عن استدلاله بالمعقولة بالمنع فإن غلبه في حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك ولو سلم فيجوز تناول  
دون البيع كالسرقين عندنا على ما سيجي  
(قوله ويجوز أن يقال الخ) أقول أي في الجواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروي (قوله والتمن بالحقيقة لا يكون الخ) أقول له أن  
يقول المطلق الثمن مجاز لكونه مصورا بصورته وقرينة الجواز قوله عليه الصلاة والسلام إن من السحت كفاي من البغي وفي حرم  
بيعها وأكل ثمنها

قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير) بيع الخمر والخنزير ليس بالسلع غير جائز يعني أنه باطل وتقدم وقوعه ما يبيعها وتساوما يترب على ذلك في البيوع واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم أن الذي حرم شربها حرم بيعها وكل غنها قال محمد في كتاب الآثار أخبرنا أبو عبيدة قال حدثنا محمد بن قيس أن رجلا من ثقيف يكنى أبا عامر كان يهدي لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل عام راوية من خمر فأهدي إليه في العام الذي حرمت راوية كما كان يهدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا أبا عامر إن الله تعالى قد حرم الخمر فلا حاجة لنا بخمرك قال فخذها يا رسول الله فبها واستعن بثمنها على حاجتك فقال له النبي صلى الله عليه وسلم يا أبا عامر إن الذي حرم شربها حرم بيعها وكل غنها قال (والأصل لا يجوز بين أهل الذمة أن يبيعوا الحيوان كالمسلمين) قال محمد في الأصل لا يجوز بين أهل الذمة أن يبيعوا الحيوان (٣٦٠)

قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير) لقوله عليه الله لا ذل ولا سلام إن الذي حرم شربها حرم بيعها وكل غنها ولا يذلل بس عا في حقنا وقد ذكرناه قال (وأهل الذمة في البيعات كالمسلمين) لقوله عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولا أنهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال (الافى الخمر والخنزير خاصة) فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لأنهم أموال في اعتقادهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر ولزهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها قال (ومن قال لغيره بيع عبدك من فلان بألف درهم على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ففعل فهو جائز وبأخذ الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن وإن كان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضمين)

بالحيوان نسيئة ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدرهم بدرهمين يدا بيد ولا نسيئة ولا الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل يدا بيد وكذا كل ما يكال أو يوزن إذا كان صنفًا واحدًا هم في البيوع بمنزلة أهل الإسلام واستدل المصنف رحمه الله على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولا أنهم مكلفون يعني بالعاملات بالاتفاق محتاجون إلى ما يتسقى به نفوسهم كالمسلمين ولا يتبقي الانفس إلا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الأشياء إلا مباشرة الأسباب المشروعة ومنهم البيوع فيكون مشروعا في حقهم كافي حق المسلمين إلا الخمر والخنزير فإن عقدهم عليهم ما كالعقد على العصير والشاة في كونها أموالا متقومة في اعتقادهم ونحن

وقوله (وقد ذكرناه) يعني في باب البيع الفاسد ويقوم إشكاله على جواز بيع السرقين اللهم إلا أن يقال لا شأن له لا بد من تقدير في نحو حرمت الخمر فأيها في الأصول أن التحريم المضاف إلى الأعيان قد راضافته إلى ما هو المقصود من ذلك العين كالشرب من الخمر والأكل من الميتة واللبس من الحرير فتقوله صلى الله عليه وسلم في حديث أن الله إذا حرم شيئا يعني إذا حرم ما هو المقصود من الشيء حرم بيعه وأما في منته كالمقصود من الخمر والمقصود من الميتة والخنزير وهو الأكل والشرب وليس هذا الحديث في السرقين فثبت فيه تحريم البيع فإن قال النجاسة سبب قلنا ممنوع فيحتاج إلى دليل آخر أما هذا الحديث ذاته فيفيد أن تحريم ما هو المقصود من الشيء موجب لتحريم بيعه (قوله وأهل الذمة في البيعات كالمسلمين) يجوز لهم منها ما يجوز للمسلمين ويمتنع عليهم ما يمتنع عليهم لا أنهم مكلفون بموجب البيعات والتصرفات محتاجون إلى مباحاتهم وقد التزموا أحكامنا بالإلزام في دارنا وأعطاه الجزية فلا يجوز منهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا سلم في حيوان ولا نسيئة في صرف وكذا كل ما يكال ويوزن هم في البيوع كالمسلمين (الافى الخمر والخنزير) فأنما يجز بيع بعضهم بعضا خصوصا فيه من قول عمر أخرجه أبو يوسف في كتاب الخراج عن أسباط بن إبراهيم عن عبد الأعلى قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر عمر بن الخطاب واجتمع إليه عماله فقال يا هؤلاء إنه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال أجل أنهم يفعلون ذلك فقل فلا تفعلوا ولكن ولوا أربابهم ببيعها ثم خذوا الثمن منهم فيما بينهم بيع الميتة والدوم والحديث الذي ذكره المصنف في ذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لم يعرف (قوله ومن قال لغيره بيع عبدك من فلان بألف درهم على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فقال بعت فيه وجائز) وهو جواب لكل سواء كان

أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لما له حين حضر واليه وقال لهم يا هؤلاء إنه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير وروى الخمر فقال بلال أجل أنهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ذلك ولكن ولوا أربابهم ببيعها ثم خذوا الثمن منهم (قوله ومن قال لغيره بيع عبدك من فلان) صورته أن يطلب انسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا يبيع إلا بألف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه إلا بألف فيجىء آخر ويقول لصاحب العبد بيع عبدك هذا من هذا الرجل بألف على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فهو جائز وبأخذ الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن وإن لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضامن (قوله دل على ذلك قول عمر الخ) أقول وسيجيء هذا الحديث في كتاب الغصب أيضا (قوله فلا تفعلوا ذلك ولكن ولوا أربابهم ببيعها ثم خذوا الثمن منهم) أقول مقول قول عمر رضي الله تعالى عنه

والفرق بينهما ما ذكره بناء على الأصل المأثور (أن الزيادة في الثمن والمثلن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافاً للشافعي رحمه الله لأنه لا يغير العقد من وصف مشرّع إلى وصف مشرّع وهو كونه عدلاً أو خاسراً أو رابحاً ثم قد لا يستفيد المشتري بذلك الزيادة شيئاً بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها) فنصار الفضل في ذلك كبذل الخلع في كونه لا يدخل في ملك المرأة في مقابلته شيء جازاً شرطه على الأجنبية كقولنا لا بد من تسمية الزيادة لتحقيق المقابلة صورة وان فانت معنى ليخرج عن حيز الحرمة فإذا قال من الثمن وجد الشرط فصيح وإذا لم يقل صار ذلك جسمائة من الضمان رشوة منه على البيع بما سمي من المال والرشوة (٣٦٩) حرام لا تلزم بالضمان واعتراض

بأوجه الأول كيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه الثاني لو كان جسمائة

وأصله أن الزيادة في الثمن والمثلن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافاً للشافعي لأنه لا يغير العقد من وصف مشرّع إلى وصف مشرّع وهو كونه عدلاً أو خاسراً أو رابحاً ثم قد لا يستفيد المشتري شيئاً بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الأجنبية كبذل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فإذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح وإذا لم يقل لم يوجد فلم يصح

ثم التوجه المطالبة بها على المشتري ويتحمل عنه الضامن ولم تنوجه عليه بالانفاق الثالث أن أصل الثمن لا يجوز أن يجب على الأجنبية والمبيع لغيره فكذلك الزيادة والفكر الضائب في أصل هذه المسئلة بغى عن هذه الاسئلة والجواب عنها أولاً بأسبتكرار ذلك لتحقيق فان ورود السؤال إذا كان لغرض فهم أصل الكلام بجوابه تكراره وذلك أنا قد بينا أن فضول الثمن قد تستغنى عن أن تقابل بالمال جزاً فجزاً فجاز أن يكون بعض الثمن خالفاً بما يقابله من البدل كالزيادة في الثمن إذا كان المبيع يساوي الثمن بالزيادة فتكون الزيادة على المشتري ثابتة بلا بدل ومثل ذلك يجوز أن يثبت على الأجنبية كبذل الخلع وإذا جاز ذلك بطل من التزمه لا غير والمثلن فيما نحن فيه الأجنبية

قول الضامن ذلك بعدمناوضة بين فلان وسيد العبد بألف وأباً أو ابتداء قال في بعض الشروح ويكون البيع بعدد لانه على القبول لانه امتثال بذلك كقول الرجل لاسر أنه طلق نفسك ان شئت فقالت طلق تجعل قبولاً استحساناً فكذلك هذا وفي بعضها ما يفيد أنه إيجاب فانه قال ولو لم يكن أباً ولا مساومة وحصل إيجاب العقد عقيب جسمان الرجل كان كذلك وهذا هو الصواب لأن قوله بيع عبدك أمر ولذلة الأمر لا تكون في البيع إيجاباً على ما مر من أنه لو قال بعني هذا بكذا فقال بعث لا ينعقد حتى يقبل الآخر بعده بخلاف طلق نفسك في التفويض في الخلع فلا بد أن المشتري يقول بعد بعث من البائع اشتريت أو معناه على ما سلف هناك ولو لم يقل من الثمن فباع جازاً البيع بألف فقط لانه إذا قال من الثمن فقد أضاف التزامه زيادة جسمائة في الثمن إلى بيعه والزيادة في الثمن جائزة عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله والضمان جائز الاضافة فقد وجد مقتضى لزوم بلا مانع وإذا لم يقل من الثمن لم يلزم الجسمائة من الثمن بل التزم ما لا يعطيه إياه ان باعه بألف وهذه رشوة أذ لم تقابل بالمبيع حيث لم يقل من الثمن فينعد بألف فقط ثم في الأول ان كان بأمر المشتري كان له أن يحبس المبيع حتى يأخذ الجسمائة من الضامن لأن البيع على المشتري صار بألف وجسمائة وللمشتري أن يراجع على ألف وجسمائة ولو كانت داراً ولها شفيع أخذها بألف وجسمائة ولو رد بعيب أو تقابلاً فالبائع يرد الألف على المشتري والجسمائة على الضامن ولو كان بغير أمره لم تثبت الزيادة في حق المشتري فليس للبائع حبس المبيع على الجسمائة ويراجع على ألف ويأخذها بالشفيع بألف ولو تقابلاً أو رد بعيب أو تقابلاً لا يجوز فكذلك على أن يكون بعضه عليه أجاب الكرخي منع كون الشراء على أن الثمن على الأجنبية لا يجوز لأنه لا يرد فيه عن أحبابنا ورغبة الرازي بأن محمد انص على أنه إذا اشترى بدين له على غير البائع لا يجوز لانه شرط في البيع كون تسليم الثمن على المشتري فأولى أن لا يجوز إذا كان أصل الثمن على غير المشتري ثم اختار أن القياس أن لا يجوز ولو كان كراهية معنى حديث أبي قتادة في الذي امتنع النبي صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه للدين الذي عليه فالتمزمه أبو قتادة رضي الله عنه صلى الله عليه فقد التزم ديناً لا في مقابلة شيء يحصل للتمزم وهذه الزيادة من الأجنبية كذلك أذ لم يحصل للأجنبي في مقابلته شيء ودفع بان له لو كان بالنظر إلى مقتضى هذا الحديث لزم جواز اشتراط كل الثمن على الأجنبية ولا يجوز ذلك فالجواب هو ما ذكره المصنف أن هذه الزيادة التي اشبهه ببذل الخلع حيث لم يكن في مقابلته شيء يسلم للتمزم وبدل الخلع

(٤٦ - فتح القدير خامس)

فلا تتوجه الطلب على المشتري وظاهر الفرق بينه وبين أصل الثمن فان أصل الثمن لا بد وأن يقابله شيء من المال فلا يكون كالزيادة وحده لا يلزم من عدم جواز وجوده على الغير عدم جواز ما لا يلزم وجوب شيء في مقابلته وقع في الكتاب والجسمائة بالألف واللام في المضاف دون المضاف إليه وقيل لاختلاف في امتناعه وقال ابن عصفور وبعض الكتاب يجوزون ذلك وهو قابل جداً وقيل إذا ورد مثل هذا ينبغي أن لا يعتد باضافة الخمسة بل الجرف في المضاف إليه على حذف مضاف أي الخمس جسمائة

(قوله بناء على الأصل المأثور) أقول في فصل بعد باب المراجعة

قال (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطها) الزوج جازا النكاح (زوجت سبب الزلابة) لنكاح (وهو الملك في الرقبة على الكمال) ومائة مانع عن اجواز لان المنع عن التصرف في المبيع قبل القبض انما يكون عن تصرف يفسخ به لانه المبيع قبل القبض كما تقدم والنكاح ليس كذلك وهذا التزويج يكرن قبضا لان الوطء لما كان بتسليط من جهة المشتري كان فعله كفعله (وان لم يطأها) لزوج (فليس) أي مجرد التزويج (قبضا) استحسانا وفي القياس هو قبض وهو رواية عن أبي يوسف حتى ان هلك بعد ذلك هلك من مال المشتري لان التزويج عيب حكى حتى لو وجدها المشتري ذات زوج كان له أن يردها والمشتري اذا عيب المعقود عليه صار قابضا فصار كالاتفاق والتدبير والتعيب الحقيقي كقطع اليد وفوق العين وجه الاستحسان أن في التعيب الحقيقي استيلاء على المحل باتصال فعل منه اليه وبه يصير قابضا وليس ذلك في الحكمي فلا يصير قابضا والاتفاق والتدبير اتلاف للمالية وانها لئلا تثبت له الولاء ومن ضروره أن يصير قابضا

قال (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطها) الزوج جازا النكاح جائز) لوجود سبب الزلابة ودر الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر (وهذا قبض) لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهة فصار فعله كفعله (وان لم يطأها فليس بقبض) والقياس أن يصير قابضا لانه تعيب حكى فمعتبر بالتعيب الحقيقي وجه الاستحسان أن في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا يجوز اشتراطه على الاجنبي وقد يقال هذا التعليل قاصر فان الزيادة كما لا تكون في مقابلة شيء تكون في مقابلة شيء أكثر احوال العقد فان أحراه ثلاثة كونه خاسرا او رابحا وعدلا وكونه الاتي مقابلة شيء في وجه من الثلاثة وهو كونه رابحا فلا يجوز اعتبار الاقل بل الواجب اعتبار المحل الاغلبية في المشايخ مخصصا اذا كان يبنى عليها حكم شرعي فالاولى ما قيل ان الزيادة تثبت تبعاً لغاز أن تثبت على الغير بخلاف أصل الثمن الثابت مقصودا فان قيل لو ثبتت الزيادة ثمتنا والاجنبي ضامن له لئلا يرم جواز مطالبة المشتري بها كالكفيل قلنا لا يلزم من صحة الكفالة توجه المطالبة على الاصيل الا ترى أن من قال لزيد على فلان ألف وأنا كفيل به فأنكر فلان طوبى الكفيل بهادون فلان بخارنا كذلك وذلك لأن المشتري لم يلتزمها انما التزم هذا القدر من الثمن الاجنبي والحكم لا يثبت بلا سبب (قوله ومن اشترى جارية ولم يتبضها حتى زوجها فوطها) الزوج جازا النكاح جائز) ووطء الزوج قبض من المشتري خلافا للائحة الثلاثة أما الاول فله وجود سبب ولاية النكاح على الامسة (وهو ملك الرقبة على الكمال) بخلاف مال المملوكها لا على الكمال كما في ملك نصفها لا على التزويج به وانما جازا سكاها قبل القبض ولم يجز بيعها قبله لان البيع يفسد بالغرر دون النكاح وفي البيع قبل القبض احتمال الانقاسخ بالهلاك قبل القبض والنكاح لا يفسخ به لانه المعقود عليه أعنى المرأة قبل القبض ولان القدرة على التسليم شرط في البيع وذلك انما يكون بعد القبض وليست بشرط صحة النكاح الا ترى أن بيع الاتي لا يصح وتزويج الابقه يجوز وحاصل هذا أنه تعليل النفي عن البيع قبل القبض واذا كان كذلك لم يكن الوارد في منع البيع قبل القبض واردة في النكاح قبل القبض لانه ثبت بدلالته وأما الثاني فلان وطء الزوج حصل بتسليط من المشتري فصار فعله كفعله المشتري ولو وطئ المشتري كان قابضا كذلك الزوج ولو لم يطأها الزوج لا يكون المشتري قابضا استحسانا حتى لو هلك بعد التزويج قبل الوطء هلك من مال البائع والقياس أن يصير قابضا بمجرد التزويج وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله حتى اذا هلك بعد ذلك هلك من مال المشتري لان التزويج تعيب منه للبيع وكذلك خمار الرد اذا اشترى جارية فوجد ذات زوج والمشتري اذا عيب المبيع يصير قابضاً وجه الاستحسان أنه لم يتصل به فاعل حسي من المشتري والتزويج تعيب حكى عنه في تقليل الرغبات فيها فكان كمنقصان السعر له وكالاقراء منه عليها وبين والمشتري اذا أقرب دين على العبد المبيع لا يصير بذلك قابضا فكذلك مجرد التزويج بخلاف الفعل الحسي كان فقاً عيها مثلاً أو قطع يدها فانه انما يصير به قابضا لما فيه من الاستيلاء على المحل واستشكل على هذا الاعتاق والتدبير فانه يصير بها قابضا وليس باستيلاء على المحل بفعل حسي والجواب انما قلنا ذلك فيما يكون نفس الفعل قبضا والمعنى أن الفعل الذي يكون قبضا هو الفعل الحسي الذي يحصل الاستيلاء والقبض الحاصل بالعقد ضروري ليس مما نحن فيه وذلك أنه انما هو للملك ومن ضروره انما الملك كونه قابضا والتدبير من واديه لان به يثبت حق الحرية لا بد ويثبت الولاء هذا واذا صح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافا لمحمد قال الصديق الشهيد والمختار قول أبي يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كأن لم يكن فكان النكاح باطلا وقيد القاضي الامام أبو بكر بطلان النكاح بطلان البيع قبل القبض بما اذا لم يكن

قال (ومن اشترى غيبا فغاب المشتري الخ) رجل اشترى منقولاً فغاب المشتري قبل قبض المبيع ولم ينقد الثمن وطالب البائع من القاضي ببيع العبد بثمنه لم ينفذت الى ذلك حتى يقيم البينة دفعا للثمة فاذا أقامها فلا يخلو ما أن تكون الغيبة معروفة أو لا فان كان الاول لم يبعه في الدين لان وصول البائع الى حقه بدون البيع ممكن وفي البيع ابطال حق المشتري وان كان الثاني باع العبد وأدى الثمن لأن ملك المشتري ظهر باقرار البائع فيظهر على الوجه الذي أقر به وقد أقر به مشغولا بحقه فيعتبر كذلك وهذا لان العبد في يده والقول قول الانسان في يده فلا وادعى المالك كان مسموعا ولو أقر به لتعيرده كاملا صحيح بحكم اليد فكذا اذا أقر به ناقصا مشغولا بحقه ويثبت المالك له ناقصا على وجه يقتضي الاستيفاء وقد تعذر فبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات فان المرتهن أحق بالمرهون يباع في دينه ان تعذر الاستيفاء والمشتري اذا مات قبل قبض المبيع مقلسا فان (٣٣٣) المبيع يباع في غيبته بخلاف ما اذا قبض

المشتري المبيع فان بينة البائع لم تقبل لان حقه لم يبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري فتكون البينة لاثبات الدين والاثبات على الغائب ممنوع عندنا وفيه بحث من أوجه الاول أن اقامة البينة على الغائب لا تجوز لانها تعتمد انكار الخصم وذلك من الغائب مجهول الثاني أن القول بجواز البيع قول يجوز التصرف في المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه الثالث أن ذلك يقضى الى القضاء على الغائب بزوال الملك وهو لا يجوز وفي ذلك لا فرق بين كونه مقبوضا وغير مقبوض فالفرقة بينهما تحكم والجواب عن الاول أن اقامة البينة كما ذكرنا في التهمة للقضاء وانما القاضي يقضى بموجب اقرار المقر بما في يده وفي ذلك لا يحتاج الى انكار الخصم

قال (ومن اشترى عبدا فغاب فأقام البائع البينة أنه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع) لانه يمكن اصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري (وان لم يدري أن هو يبيع العبد أو في الثمن) لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي أقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاءه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مقلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو أيضا

بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع (قوله ومن اشترى عبدا فغاب) قبل القبض ونقد الثمن (فأقام البائع البينة أنه باعه اياه) ولم يقبض الثمن (فان كانت غيبته) المشتري غيبته (معروفة لم يبعه) القاضي (في دين البائع) لانه يمكن اصال البائع الى حقه بدون البيع) فيكون ابطالا لحق المشتري في العين المبيعة من غير ضرورة (وان لم يدري أن هو يبيع العبد أو في الثمن) بنصب الثمن مفعولا ثانيا للمبيع (١) وقوله وان لم يدري أن هو يبيع العبد أو في الثمن (فان كان المشتري غيبته معروفة لم يبعه) القاضي (لان ملك المشتري ظهر باقراره) يعني باقرار البائع (فيظهر على الوجه الذي أقر به) وهو كونه (مشغولا بحقه) بين أن البيع من القاضي ليس بهذه البينة لانها لا تقام لاثبات الدين على الغائب فخاض الى الكشف الحال ليحيطه القاضي الى البيع نظر الغائب لاثبات الدين عليه فانه لو لم يقم له بحجه الى ذلك (واذا تعذر استيفاءه) والفرص أنه أحق بمالية هذا العبد لانه كالراهن في يده الى استيفاء الثمن حتى لو مات المشتري مقلسا كان البائع أحق بماليته من سائر الغرماء كالمرتهن اذا مات الراهن فانه أحق من سائر الغرماء فيعيه القاضي على بيعه (بخلاف ما بعد قبض المبيع لان حقه) أي البائع (لم يبق متعلقا به) بل هو دين في ذمة المشتري والبينة حينئذ لا تثبت الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يتمكن القاضي من البيع وقضاء الدين وهذا طريق الامام السرخسي رحمه الله وتقرير شيخ الاسلام يشعر بخلافه حيث قال القياس أن لا تقبل هذه البينة لانها على اثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لا قصدي ولا حكيم فهو كمن أقامها على غائب لا يعرف مكانه لا تقبل وان كان لا يصل الى حقه وفي الاستحسان تقبل لان البائع عجز عن الوصول الى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج الى أن ينفق عليه الى أن يحضر المشتري ورعا تر والنفقة عن الثمن والقاضي ناظر لاحياء حقوق الناس فكان للقاضي أن يقبلها الدفع البلية بخلاف ما لو أقامها ليشبث حقا

وعن الثاني من وجهين أحدهما قول بعض المشايخ ان القاضي ينصب من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كببيع المشتري فلا يجوز قبل القبض ورد بأن المشتري ليس له أن يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكذا لا عنه وأجيب بأن ذلك حق البائع وقد يتسامح بتأخيرته والثاني أن البيع ههنا غير مقصود وانما المقصود النظر البائع احياء لحقه والبيع يحصل ضمنا ويجوز أن يثبت ضمنا لا يثبت قصدا وعن الثالث ما ذكرنا أن هذا ليس قضاء على الغائب وانما هو قضاء على الحاضر بالافرار بما في يده وذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشتري فاما اذا قبضه فلا يكون ذلك وحينئذ يظهر الفرق وان دفع التحكم (ثم اذا باعه فان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو) أي يتبع البائع المشتري

(قوله والثاني ان البيع ههنا غير مقصود الخ) أقول فيه تأمل (١) قول الفتح مفعولا ثانيا للمبيع صوابه لا وفي كما هو ظاهر كتبه معججه



فإن كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فال حاضر لا يملك قبض نصيبه حتى يتقد جميع الثمن فإذا انقذه أجبر البائع على قبول نصيب الغائب وتسليم نصيب الغائب من العبد إلى الحاضر وإذا حضر الغائب فلا حاضر أن يرجع عليه بما انقذه لاجله وله أن يجلس نصيبه حتى يستوفي ما انقذه عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه من العبد والحاضر (٣٩٤)

قال (فإن كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فال حاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه وإذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى يتقد شر يملكه الثمن كله وهو قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف إذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان مضطرا عما أدى عن صاحبه) لانه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجنبى عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما أنه مضطرفيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا بأداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقى شئ منه والمضطر يرجع كمعير الرهن وإذا كان له أن يرجع عليه كان له حق الحبس عنه الى أن يستوفي حقه كالوكيل بالشراء إذا قضى الثمن من مال نفسه

على الغائب لينزع شيئا من يده لا يقبلها او الاجماع في مثل دفع البلية عن البائع وليس فيه ازالة يد الغائب عما في يده لان البائع يستوفي حقه مما في يده وأورد عليه أنه يستلزم بيع المنقول قبل القبض أجيب بأن من المشايخ من قال ينصب القاضى من يقبضه ثم يبيعه وقال آخرون لا يحتاج الى ذلك لان هذا البيع ثبت ضمنا لانه غير موقوف على المقصود النظر للبائع باحياء حقه والبيع ضمن له هذا اذا كان المشتري واحدا فغاب فلو كان المشتري اثنين فغاب أحدهما قبل اعطاء الثمن فال حاضر لا يملك قبض نصيبه الا بتقد جميع الثمن بالاتفاق فانقذه اختلفوا في مواضع الاول هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب عند أبي يوسف لا وعند أبي حنيفة ومحمد يجبر والثاني لو أنه قبل هل يجبر البائع على تسليم نصيب الغائب للحاضر عند أبي يوسف لا بل لا يقبض الا نصيبه على وجه المهايأة وعندهما يجبر والثالث لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما انقذه عند أبي يوسف لا وعندهما يرجع وللحاضر حبس نصيب الغائب اذا حضر حتى يعطيه ما انقذه عنه وجه أبي يوسف أن الحاضر قضى دين الغائب بغير أمره فكان متبرعا فلا يرجع وإذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته لانه أجنبى عنه (ولهما أنه مضطرفيه) أى فى دفع حصة الغائب لانه لا يمكنه الانتفاع بملكه الا بأداء الجميع لان البيع الصادر اليهما من البائع صفقة واحدة والمضطر يرجع وله حق الحبس وصار كمعير الرهن اذا أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فان المعير اذا اقتك به دفع الدين رجوع على الراهن لانه مضطرفيه وصار كصاحب الغلو اذا سقط بسقوط السفل كان له أن يبنى السفل اذا لم يبنه مالكه بغير أمره ليتوصل به الى بناء عباءة ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله مالم يعطه ما صرفه غير أن في مسئلة السفل لا يفتقر الحال بين كون صاحبه غائبا أو حاضرا فى مسئلة لا يثبت له حق الرجوع الا اذا كان غائبا لانه اذا كان حاضرا لا يكون مضطرا فى ابقاء الكل اذ يمكنه أن يخاضعه الى القاضى فى أن يتقد حصته ليقبض نصيبه بمخلاق مسئلة السفل فان صاحب الغلو لو خاصمه فى أن يبنى السفل لا يقضى عليه ببنائه فكان مضطرا حال حضوره كغيبته (وله) أى للحاضر ومثل صورة حضورهما فى عدم الاضطرار مالوا استأجر رجلا نارا فغاب أحدهما قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعا لانه غير مضطر فى نقد حصة الغائب اذ ليس الاجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كره التمر تاشى وإذا ثبت حق الحبس فى مسئلتنا للحاضر فله حبسه الى أن يستوفي الكل ولو بقي درهم كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه له أن يجلس

اذا حضر بما انقذه لاجله وليس له حق الحبس على ذلك (وكان متطوعا عما أدى عن صاحبه) لانه قضى دينه بغير أمره ولا رجوع فى ذلك (وهو أجنبى عن نصيب صاحبه) فليس له القبض (ولهما أنه مضطرفيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا بأداء جميع الثمن لا لتحاد الصفقة ولكون البائع له حق الحبس ما بقى شئ منه والمضطر يرجع كمعير الرهن) فان من أعار شيئا رجلا ليرهنه فرهنه ثم أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فافتكه المعير فانه يرجع على الراهن بما أدى وان كان ذلك قضاء دين الغير بغير أمره لا يضطراره فى القضاء وهذا مما لا يتكرر فان للضرورات أحكاما فان قيل لو كان التعليل بالاضطرار صحح ما اختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته فانه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه فالجواب أن الاضطرار فى حالة حضوره مفقود لا مكان أن يخاضعه الى الحاكم لينقد نصيبه

من الثمن فيمكن هو من قبض نصيبه من العبد بخلاف حال غيبته وعلى هذا ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا استأجر دارا فغاب أحدهما قبل نقد الاجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الاجرة فانه يكون متبرعا بالاجماع لكونه غير مضطرا فنقد نصيب صاحبه من الاجرة اذ ليس للاجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا ذكره الامام الترمذى (وإذا ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس حتى يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه) على ما سيجى ان شاء الله تعالى

قال (ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة الخ) رجل اشترى جارية فقال اشترىتها بألف مثقال ذهب وفضة نحر ويجب عليه من كل واحد منهم ما خمسمائة مثقال (لأنه أضاف المثقال اليهما على السواء) لأنه (٣٦٥) عطف على المضاف اليه وهو عطف

مع الافتقار والعطف مع الافتقار يوجب الشركة وليس أولوية لاحد على الآخر فيجب التساوي قيل وكان الواجب ان يقيد المصنف بالجودة أو الرذاعة أو الوطء لان الناس لا يتبايعون بالنهر ولا بد من بيان الصفة قطع المنازعة

ولهذا قيد محمد رحمه الله به في الجامع الصغير ويوع الاصل ويجوز أن يقال تركه لكونه معلوما من أول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه ولو قال اشتريت منك هذه الجارية بألف من الذهب والفضة وجب المشاركة كما في الاول للعطف الا أنه يجب من الذهب مثاقيل خمسمائة مثقال ومن الفضة دراهم خمسمائة درهم كل عشرة وزن سبعة لانه هو المتعارف في وزن الدراهم ولقائل ان يقول النظر الى المتعارف يقتضي أن ينصرف الى ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جيار الخ) رجل له على رجل عشرة دراهم جيار والقبض لم يعلم فأنتقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله

قال (ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما انصفان) لأنه أضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهم ما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثلها اشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه أضاف الألف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جيار فقتضاه زبوا وحولا يعلم فأنتقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله) وقال أبو يوسف يرد مثل زبوا ويرجع بدرهمه لان حقه في الوصف مرعى كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابل فيجنسه فوجب المصير الى ما قلنا

المبيع عن الموكل الى أن يعطيه جميع الثمن (قوله ومن اشترى جارية الخ) صورتهما أن يقول اشتريت هذه الجارية بألف دينار ذهب وفضة أو يقول البائع بعثك هذه الجارية الخ ولفظ الجامع في رجل يقول رجل أبيعك هذه الجارية بألف مثقال ذهب جيد وفضة قال هما انصفان خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها بخلاف ما لو قال بألف من الدراهم والدنانير لا يحتاج الى بيان الصفة وينصرف الى الجيد وعرف من هذه العبارة أن البيع ينعقد بالخط المضارع وان احتمل العدة اذا أراد به الحال وقيل بل هذه العبارة مساومة والمعنى أنه اذا قال له ذلك ثم باعه على هذا الوجه ثبت الانقسام وقية أن أضافه المثقال الى الذهب ثم عطف الفضة عليه مرسل لا يوجب كون الفضة أيضا مضافا اليها المثقال وينبغي وهم أن يفسد لجهالة الفضة لان المثقال غالب في الذهب فتعبر الفضة مرسله عن قيد الوزن بل تنصرف اليهما وكذا صفة الجودة لان العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المتعاطفين فالمثقال المتقدم فسر بالذهب والفضة لا ترى أنه لو قال عبده خر غدا وأمر أنه طالق وقع جميعا عدا فاقم ما مضى فاذكره في كشف الغوامض وفي المبسوط لو قال ألف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لانه المتعارف في الدراهم فينصرف اليه وكذا لو قال ألف من الذهب والفضة وجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لان المتعارف في وزن الذهب والفضة ذلك وليس معهما ما ينصرف أحدهما عن المتعارف فيه فينصرف الى الوزن المعهود في كل منهما ويجب كون هذا اذا كان المتعارف في بلد العقد في اسم الدراهم ما بوزن سبعة والمتعارف في بعض البلاد الا أن كالشام والحجاز ليس ذلك بل وزن ربيع وفيرا طمن ذلك الدرهم وأما في عرف مصر فلفظ الدرهم ينصرف الآن الى زنة أربعة دراهم بوزن سبعة من الفسوس الآن يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة فان مادونه تنقل أو خفف يستمونه نصف فضة وكذا هذا الانقسام في كل ما يقر به من المكيل والموزون من الثياب وغيرها قرضا أو سلم أو غصبا أو ودية أو بيعا أو شراء أو مهر أو وصية أو كفالة أو جعلا في خلع ومنه ما لو قال على كرخطة وشعير وسهم سم كان عليه الثلث من كل جنس (قوله ومن له على آخر عشرة دراهم جيار فقتضاه عشرة زبوا وهو) أي رب الدين (لا يعلم) أنه زبوا (فهو قضاء) حتى لو أنتقها الدائن أو هلكت ثم علم ليس له أن يرجع بشئ وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له أن يرد مثل الزبوا ويرجع بالجيار) وذكر غير الاسلام وغيره أن قولنا ماقاس وقول أبي يوسف هو الاستحسان له أن حقه في الجودة مرعى لحقه في المقدار وقد تعذر ضمان الوصف بانقراضه لانه لا قيمة له عند المقابل فيجنسه فوجب المصير الى ما قلنا

وقال أبو يوسف يرد مثل زبوا ويرجع عليه بالجيار لان حقه في الوصف مرعى من حيث الجودة كما أن حقه مرعى في الاصل من حيث القدر فلا ينقص عن كسبه حقه يرجع عليه بمقداره فكذا اذا نقص في كفيته ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف منفردا لعدم انعكاسه وهذا عند المقابل فيجنسه فوجب المصير الى ما قلنا

ولاي حنيفة ومحمد أن المقبوض من جنس حقه بدليل أنه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالمصرف والسم لم جاز فكان الاستيفاء من حيث الأصل بالمقبوض حاصلا فلم يبق حقه الا في الجودة وتداركها منفردة بايجاب ضمانه غير ممكن شرعا لما ذكرنا أنها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلا لعدم تصور الانفكاك ولا بايجاب ضمان الأصل لان المضمون حينئذ هو الأصل والفرص أنه من حيث الأصل مستوف فإيجاب الضمان باعتباره (٣٦٦)

ولهما أنه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبق حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الأصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له قال (واذا أفرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه) وكذا اذا باض فيها (وكذا اذا تكس فيها طي) لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيدان أخذه وكذا البيض لانه أصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه وصاحب الأرض لم يعد أرضه لذلك فصار كمن صب شبكة للجفاف

من ضمان الأصل ليصل الى الوصف (ولهما أنه) أي الزئوف (من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال) به كالمصرف ورأس مال السلم (جاز) وما جاز الا لانه لم يعتبر باستبدال الأصل بنفس الحق (فيقع به الاستيفاء وانما يبق حقه في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها) بعد هلاك الدراهم (لما ذكرنا) من أنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها (ولا بايجاب ضمان الأصل لانه ايجاب له عليه) يعني هو ايجاب للقابض على نفسه (ولا نظيره) في الشرع الآن أبا يوسف ينقل بمنع أنه لا يمكن تداركها بل تداركها بما ذكرنا من ايجاب المثل يمكن وهذا كالموجودها ستوفى أو نهر حرة فهلكت أليس يرد مثلها فان قال المستوفى ليست من جنس الجياد حتى يصير مقتضا حقه بها قلنا وكذلك لا يصير مقتضا حقه بالزئوف الا ان علم فرضي باعتبارانه حينئذ تارك لبعض حقه وهو صفة الجودة قولهم فيه مانع وهو كونه يجب له عليه لانه قبض جنس حقه فاذا ضمن مثله كان الوجوب لنفسه على نفسه اذا المديون لا يضمه شيئا قلنا يجوز ذلك اذا افاد كالمولى اذا أنف بعض أ كسب عبده المأذون وقد افاد هنا تدارك حقه فصار كشرائه الانسان مال نفسه الا اذا افاد ويجوز أن يشتري مال المضاربة أو كسب عبده المأذون المديون وبما ذكرنا يبطل قولهم لا نظيره في الشرع ويوجب بمنع الاتحاد في المستشهد به بل الضمان في المأذون للغرماء وهنا المقبوض كانه ملك ومن له الحق ومن عليه واحد وهو رب الدين ولا نظيره وفي النوازل اشترى بالحياد ونقد الزئوف أخذها الشفيع بالحياد لانه انما يأخذ بما اشترى ولو باعها امرأته فان رأس المال الحياد وفي الاجناس اشترى بالحياد ونقد الزئوف ثم حلف أنه اشترى بالحياد قال أبو جعفر لا يحنث وقال أبو يوسف يحنث والله الموفق (قوله) ولو أفرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكس فيها طي) أي دخل كناسه والكناس بيت الطي وفي بعض النسخ تكسر أي وقع فيها فتكسر ويحترق به عمالو كسره رجل فيها فانه ذلك الرجل لا لا أخذ ولا يحنث بصاحب الأرض (لانه) أي لان كلاً من الطير والبيض والفرخ وقد أصلح في نسخة لانها (مباح سبقت يده) أي يد الاخذ اليه (ولانه صيد وان كان يؤخذ بلا حيلة والصيد لمن أخذه والبيض أصل الصيد) فيلقوه (ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه) لانه المقصود بقوله تعالى تاله أيديكم في قوله تعالى ليلآونكم الله بشي من الصيد تناله أيديكم ورماحكم كذا ذكره وقوله (وصاحب الأرض لم يعد أرضه لذلك) جملة حالته هي قيد لقوله فهو لمن أخذه أي انما يكون لا لا أخذ اذا لم يكن صاحب الأرض أعدها لذلك بأن حفر فيها بئر السقط فيها أو أعدها مكانا لا لافراخ لئلا يأخذها فان كان أعدها لذلك لا يملكها الا خذ بل رب الأرض يصير بذلك قابضاً حكماً كن نصب شبكة ليحفظها فمعتل بها

الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز اذا لم يفدوه بها فيقيد فصار ككسب المأذون له المديون فانه مضمون على المولى وان كان ملكا له حتى لو اشترى صغ والثاني ان المقصود الاصل هو احياء حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمنى فلا يعتبر والجواب عن الاول ان الفائدة ثمة انما هي للغرماء فكان تضمين الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه وعن الثاني أن الوصف تابع فلا يجوز أن يكون الاصل تابعا له قال (واذا أفرخ طير في أرض رجل الخ) اذا أفرخ طير في أرض رجل ولم يعدها لذلك لم يملكه (فهو لمن أخذه) وكذا اذا باض فيها أو تكس فيها طي) وفي بعض النسخ تكسر فيها طي) لانه مباح سبقت يده اليه (فيملكه) (ولانه حينئذ صيد والصيد لمن أخذه) بالحدث وكونه يؤخذ بغير حيلة لا يحنث به من الصيدية كصيد الكسرة رجله بأرض انسان فانه لا لا خددون صاحب الأرض والتكنس التستر ومعناه في الأصل دخل في

الكناس وهو موضع الطي ومعنى تكسر انكسر رجله وقيد بذلك حتى لو كسره أحد فهو له (والبيض في معنى الصيد لانه أصله) ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه (قوله وصاحب الأرض لم يعد أرضه لذلك) إشارة الى أنه لو أعدها لذلك بأن حفرها ليقع فيها أو بغير ذلك مما يصاد به كان له فاما اذا لم يعدها فهي كشبكة نصبت للجفاف فمعتل بها صيد فهو لا لا خذ

(قوله وعن الثاني ان الوصف تابع الخ) أقول هذا يرجع الى تغيير الدليل والله أعلم

وكذا إذا دخل الصيد داره أو وقع مانثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه أو كان مستعداً له  
بغير خلاف ما إذا غسل النخل في أرضه لأنه عديم أنزله فيملكه تبعاً لأرضه كالشجر النابت فيها  
والتراب المجتمع في أرضه بجرى الماء والله أعلم

### كتاب الصرف

صيد هو ما أخذ من الصيد ولا صاحب الشبكة لأنه لم يمتد لها الآن لا أخذ وكذا إذا دخل الصيد داره ولم يعلم  
بما غلق باب فهو لمن أخذه وإن علم به وأغلق الباب عليه أو سد البكرة كان لصاحب الدار وكذا إذا وقع  
في ثيابه النثار من السكر أو الدراهم فهو لمن أخذه ما لم يكف ثوبه على الساقط فيه وما إذا وقع منه درية نائبة  
عن شرف الزمان أي لا أخذ في زمان عدم كفا الثوب وقرله أو كان مستعداً له أي للشارب أن يسقط ثوبه  
لأنه عطف على مقدار تقديره فإذا كفه أو كان مستعداً فهو له أما إذا غسل النخل في أرضه فهو لصاحب  
الأرض لأنه عديم أنزله أي من زيادات الأرض أي ما يثبت فيها فيملكه تبعاً للأرض كالشجر النابت  
فيها وكثيراً ما يجمع فيها بجرى الماء عليها ولا أنزال جمع نزل وهو الزيادة (١) وذكر فيه لأنه وهو  
عائد على الأرض وهي مؤنثة على نأويل المكان ومثله وقع في شعر العرب قال  
فلا منته ودقة ودقها \* ولا أرض أبقل إبقاها

ومن جنس هذه المسائل لو اتخذ في أرضه حظيرة للسك فدخل الماء والسك ملكه ولو اتخذت غيره من  
أخذ السك فهو له وكذا في حفرة الحفيرة إذا حفرها للصيد فهو له أو لغرض آخر فهو لا أخذ وكذا صوف  
وضع على سطح بيت قانية بل بالمطر فعصره رجل فإن كان وضعه للماء فهو لصاحبه والافالماء لا أخذ ولو  
بأنس صيد في أرض رجل أو تمسك فيه أخاه رجل لياخذ منه صاحب الأرض فإن كان في موضع يقدر  
صاحب الأرض على أخذه قريباً منه بان كان بحضرته كان الصيد لأرضه كأنه أخذه عنده وإن لم  
يكن بحضرته لا يملك

### كتاب الصرف

لما كان قبوله أكثر كان وجوده أقل فقدم ما هو أكثر وجوداً وأيضاً لما كان عقده على الأمان والثمن  
في الجملتين مع ما هو المقصود من البيع آخر عن البيوع المتضمنة للقاصد الأصلية أعني المبيعات ومفهومة  
لغة وشرايذ كره المصنف وشروطه التقابض للبديلين قبل الافتراق وإن اختلف الجنس ولهذا لم يصح  
فيه أجل ولا خيار شرط لأن خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على الراي من منهم وذلك يخل بالتقاضي  
المشروط وهو القبض الذي يحل به التعيين بخلاف خيار الرؤية والعيب لا يمنع الملك في المبيع فلا يمنع  
تمام القبض فلا افتراقاً وفي الصرف خيار عيب أو رؤية جاز إلا أنه لا يتصور في النقد وسائر الديون خيار  
رؤية لأن العقد ينعقد على مثاليها لا عينها حتى لو باعه هذا الدينار بهذه الدراهم لصاحب الدينار أن  
يدفع غيره وكذا صاحب الدراهم بخلاف الاواني والحلى ولو أسقط في المجلس خيار الشرط والأجل  
عائد للصرف صحح أخيراً قال زرر وأورد عليه كيف جاز أن يقال التقابض شرط الجواز وهو متاخر عن  
العقد فأنما هو حكمه والجواب أن المختار أنه ليس إلا شرط بقائه على الصحة فالاشكال على قول  
البعض القائمين أنه شرط الجواز وأجابوا بأن تأخره ضرورة تنفي استحباب قبض ملك الغير فهو معتبر  
متأخر أو مستند مانثراً وإن كان متأخراً ضرورة ولا يخفى أنه ينبغي أن يستغنى عن هذا التكلف  
بأن كتاب القول الآخر وأما مفهومه ثم عاين مع ما من جنس الأمان بعضها ببعض وهذا قول

(وكذا إذا دخل الصيد داره  
أو وقع مانثر من السكر  
والدراهم في ثيابه ما لم يكفه)  
أي يضمه إلى نفسه (أو كان  
مستعداً له بخلاف ما إذا  
غسل النخل في أرضه) فإن  
العمل لصاحبها (لأنه عد  
من أنزله) أي من أنزال  
الأرض بنأويل المكان جمع  
نزل وهو الزيادة والفضل  
منه والفرق بينهما أن  
العسل صار قائماً بأرضه  
على وجه القرار فصار تابعاً  
لها (كالشجر النابت فيها  
والتراب المجتمع بجرى الماء)  
بخلاف الصيد والله سبحانه  
وتعالى أعلم

### كتاب الصرف

(١) قول الفتح وذكر فيه  
لأنه الخ هكذا في الأصل  
ولعل في العبارة تحريف  
والصواب وذكر فيه أنزله  
وهو عائد الخ كتبه منحه

الصرف بيع خاص وهو الذي يكون كل واحد من العرضين من جنس الاثمان وقد تقدم ما يدل على تأخير عن السلم في أول السلم وسي  
 هذا العقد صرفاً لأحد المتعنين أما الحاجة إلى النقل في بدليه من يد إلى يد والصرف هو النقل والدلغة ولما لا يلزم به إلا الزيادة  
 يعني لا يطلب بهذا العقد إلا زيادة تحصل فيما يقابلها من الجودة والصناعة أو النقود لا ينتفع بعينها كما ينتفع بغيرها مما يبله من المعلوم  
 والزيادة والعين حاصل في يدهما كان فيه فائدة أصلاً فلا يكون مشروطاً  
 والمبوس والمركوب فلا يطلب به (٣٦٨)

قال (الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان) سمي بالحاجة إلى النقل في بدليه من يد إلى يد والصرف هو النقل والدلغة ولما لا يلزم به إلا الزيادة لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفاً

القدر (الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان) وإنما قال من جنس الاثمان ولم يقتصر على قوله يبيع عن بشئ ليدخل بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقدان المصوغ بسبب ما اتصل من الصنعة به لم يبق عنصريهما وهذا يتعين في العقد ومع ذلك يبيعه صرفاً وانما سمي اصطلاحاً به لأن مفهومه اللغوي هو النقل ومنه في دعاء الاستحارة فاصرفه عني واصرفني عنه ونقل كل من البديلين عن ماله إلى الآخر بالفعل شرط جوازها فكان في المسمى معنى اللغوي فسمى باسم ذلك المعنى المشروط فيه (أو هو) أي معناه اللغوي الزيادة وهذا العقد لا يقصده إلا الزيادة دون الانتفاع بعين البديل الآخر في الغالب لأنه لا ينتفع بعينه بخلاف نحو الطعام والثوب والحجار والمراد أن قصد كل من المتعاقدين التجارة والربح فيه بالنقل وإلا خلا العقد عن الفائدة والزيادة تسمى صرفاً وبه سميت العبادة النافلة صرفاً في قوله صلى الله عليه وسلم من انتهى إلى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً والعادل هو الفرض سمي به لكونه أداء الحق إلى المستحق وشروطه على الأجل التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل وأقسامه ثلاثة يبيع الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة وبيع أحدهما بالآخر

دل على مشروعيته قوله تعالى وأحل الله البيع الآية وقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب الحديث وإذا كان المطلوب به الزيادة (والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل) ناسب أن يسمى صرفاً (ومنه) أي من كون الصرف هو الزيادة لغة (سميت العبادة النافلة صرفاً) قال صلى الله عليه وسلم من انتهى إلى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً والعادل هو الفرض سمي به لكونه أداء الحق إلى المستحق وشروطه على الأجل التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل وأقسامه ثلاثة يبيع الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة وبيع أحدهما بالآخر

كتاب الصرف

(قوله وقد تقدم ما يدل على تأخير عن السلم) أقول الذي يهمله هو بيان سبب التأخير عن كتاب المبيع كما لا يخفى لكن ذلك يعلم منه أيضاً كتنبيهه (قوله ما كان

فيه فائدة أصلاً فلا يكون مشروطاً) أقول الاظهر أن يقول فلا يصدر من العاقل (قوله قد دل على مشروعيته) قوله وأحل الله البيع الخ) أقول المبيع الفاسد والبيع وقت النداء يبيع وليس بمشروع فان قيل ماذا كرهه مشروع بأصله قلنا لا يمكن ما نحن فيه كذلك أيضاً وعليك بالتأمل الصادق (قوله وشروطه على الأجل التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل) أقول والشرط الأول لا يعني عن الثالث إذا المراد بشرط الصحة بحيث لا يكون فيه فساد أصلاً فإذا كان فيه تأجيل ثم أسقط ووقع التقابض يزول الفساد فتأمل



قال (فان باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز الا بمثل) وان اختلفا في الجودة والصياغة (لقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب مثلاً بمثل وزناً بوزن يدا بيد والفضل بالحديث وقال عليه الصلاة والسلام جيدها ورديتها سواء وقد ذكرناه في البيوع قال) ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق

(قوله فان باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز الا بمثل) يعني في العلم لا بحسب نفس الامر فقط (وان اختلفا في الجودة والصياغة) فيدخل الاناء بالاناء فالو باعاهما مجازفة ولم يعلم ما يكتسب ما وكان في نفس الامر متساويين لم يجز ولو زنا في المجلس فظهر امتساو بين يجوز وعند أبي حنيفة لا يجوز ولو زنا بعد الافتراق لا يجوز وان كانا متساويين خلافاً لفر هو يقول الشرط التساوي وقد ثبت واشترط العلم بزيادة الدليل قلنا بل هو شرط بدليل وهو أن الموهوم في هذا العقد جعل كالمعروف شرعاً وما لم تعلم المساواة توهم الزيادة حاصل فيكون كنبوت حقيقة الزيادة ومقتضى هذا أن لا يجوز اذا وزن في المجلس فظهر متساوياً أيضاً لكن جاز في الاستحسان عند اتحاد المجلس كأن العقد أنشئ الا أن لان ساعاته كساعة واحدة وأما عدم جواز بيع الخطة بالخطة وزنا مع العلم بعدم العلم بالمساواة كيلاً اذا المساواة وزناً لا تستلزمه بالنسبة الى الكيل والمعتبر فيما كان مكياً لا في عهد النبي صلى الله عليه وسلم التقدير بالكيل على ما سلف وعن هذا اذا اقتسم ما مكياً موازنة لا يجوز لان القسمة كالبيع واستدل المصنف على وجوب المساواة (بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلاً بمثل الحديث) وقد تقدم وتقدم وجه انتصابه أنه بالعامل المقدراً أي بيعوا والاولى حيث كان الذهب مرفوعاً في الحديث أن يجعل عامله متعلق الجهر ورأى الذهب يباع بالذهب مثلاً بمثل نعم حديث الخدري في البخاري عنه صلى الله عليه وسلم لا تبعوا الذهب بالذهب الا بمثل ظاهر في أنه مفرغ الحال وبقيت الحديث ولا تشقوا بعضها على بعض ولا تبعوا الورق بالورق الا بمثل ولا تشقوا بعضها على بعض ولا تبعوا منها غائباً بما جاز والشك بالكسر من الاضداد يقال للنقصان والزيادة والمراد هنا لا تزيدوا بعضها على بعض ولا يتضح في معنى النقص والافتقار ولا تشقوا بعضها عن بعض وقوله وزناً بوزن بعد ذلك ولا تشقوا في حديث البخاري المذكور وتفسير مثلاً بمثل فان المثلية أعم ففسرها بانها من حيث المقدار وتقدم حديث جيدها ورديتها سواء أيضاً وتخرج به وهو دليل سقوط اعتبار الجودة وسقوط زيادة الصياغة بما روى محمد بن أبي حنيفة عن الوليد بن سريع عن أنس بن مالك قال أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بآناء كسر واني قد أحكمت صياغته فبعثني به لا يبعه فأعطيت به وزنه وزيادة فذكر ذلك لعمر فقال أما الزيادة فلا هذا يدخل في اطلاق المساواة المصوغ بالمصوغ والتبر بالآنية حتى لو باع اناء فضة أو ذهباً بآناء فضة أو ذهباً أحدهما أثقل من الآخر لا يجوز بخلاف اناء من غيرهما نحاس أو شبيهه حيث يجوز بيع أحدهما بالآخر وان تفاضلا وزنا مع أن النحاس وغيره مما يوزن من الاموال الربوية أيضاً وذلك لان صفة الوزن في التقدير منصوص عليها فلا يتغير بالصنعة ولا يخرج عن كونه موزناً بتعارف جعله عدداً لوتعرف ذلك بخلاف غيرهما فان الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزناً بتعارف عدديته اذا صيغ وصنع (قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) باجماع الفقهاء وفي فوائد القدوري المراد بالقبض هنا القبض بالبراجم لا بالتخليع يد باليد ذكرنا آنفاً أن المختار ان هذا القبض شرط البقاء على الصحة لا شرط ابتداء الصحة لظاهر قوله فاذا افتراق باطل العقد وانما يبطل بعد وجوده وهو الاصح وثمرة الخلاف فيما اذا ظهر الفساد فيهما هو صرف ينسد فيما ليس صرفاً

قال (فان باع فضة بفضة الخ) فان باع رجل فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز الا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة بأن يكون أحدهما أجود من الآخر أو أحسن صياغة لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلاً بمثل الحديث والمراد به المماثلة في القدر لا في الصفة لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديتها سواء وقد ذكر ذلك في كتاب البيوع في باب الربا حدث محمد بن رحمه الله في أول كتاب الصرف في الاصل عن أبي حنيفة عن الوليد بن سريع عن أنس بن مالك قال أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بآناء كسر واني قد أحكمت صياغته فبعثني به لا يبعه فأعطيت به وزنه وزيادة فذكر ذلك لعمر فقال أما الزيادة فلا قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) قبض عوض الصرف قبل الافتراق بالابدان واجب بالمعقول وهو

(ماروينا من قوله يدايد - وقول عمر رضي الله عنه وان استنظر أن يدخل بيته فلا تنظره) وهو في الدلالة على وجوب القبض كإثري  
وبالمعقول وهو (أنه لا بد من قبض أحدهما الآخر لاعتقاد الكائي بالكائي وذلك يستلزم قبض الآخر تحقيقا للمساواة فحق التحقيق الربا)  
(قوله في الكتاب فلا يتحقق الربا) قيل هو منصوب بحجوب النفي وهو قوله ثم لا بد (قوله ولأن أحدهما) داليل آخر وتقريره أن أحد  
العوضين ليس أولى بالقبض من الآخر فيجب قبضهما معا (ولا فرق في ذلك بين ما كانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالضروب أو  
يتعين أحدهما دون الآخر لاطلاق ماروينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب الحديث وهو يتناول المصوغ وغيره  
(قوله ولأنه ان كان يتعين الخ) جواب عما يقال بيع المضروب بالمضروب لا قبض لا يصح لانه كائي بكائي وبيع المصوغ بالمصوغ ليس  
كذلك لتعيينه بالتعيين وتقريره ان المصوغ وان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه غنا خلقه فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في  
الربا فان قيل فلي هذا التقرير (٣٧٠) يلزم في بيع المضروب بالمصوغ نسبة شبهة الشبهة لان في بيع المضروب

لماروينا وقول عمر رضي الله عنه وان استنظر أن يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض أحدهما  
ليخرج العقد عن الكائي بالكائي ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا ولأن  
أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالمضروب  
أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ماروينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين  
لكونه غنا خلقه فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهاب عن المجلس  
عشيان معاني جهة واحدة أو نافي المجلس أو أغنى عليها لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنه  
عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يفسد على القول الأصح وقوله (لماروينا) يعني قوله يدايد وكذا ماروينا  
من حديث البخاري قوله صلى الله عليه وسلم ولا يتبعوا مائة ثمانيا بناجر وقول عمر وان استنظره إلى  
آخره واما مالك في الموطأ عنه قال لا يتبعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا يتبعوا الورق بالذهب أحدهما  
غائب والاخر ناجز وان استنظره أن يبلغ بيته فلا تنظره الا يدايد هات وهات إلى أخشى عليكم الربا  
وفي رواية قال الربا بالميم وهو الربا ورواه عبد الرزاق وقال أن يدخل بيته ولما ثبت نص الشرع بالزام  
التقايض عله الفقهاء بما ذكره المصنف وحمله أن لا تقدم ضريبة على النسبة فيتحقق الفضل في أحد  
العوضين وهو الربا ولما كان مظنة أن يقال هذا غير لازم في قبض العوضين لجواز أن يجعل معاملة النسبة  
قال لا بد شرعا من قبض أحدهما العوضين كي لا يلزم الكائي بالكائي أي الدين بالدين فلو لم يقبض الآخر  
لزم الربا بما قلنا وأيضا يلزم الترجيح بلا مرجح لانهم ما استوتوا في معنى الثمنية فاذا وجب قبض أحدهما  
فكذلك الآخر لعدم الاولوية فان قيل تعذيل الكتاب يخص الثمين المحضين الذين لا يتعينان والحكم  
وهو لزوم التقايض ثابت وان كان أحدهما يتعين بالتعيين كالمصوغ فأجاب بأن ذلك لا يطلق ماروينا  
من قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة وعمل الاطلاق المذكور بأن المتعين أيضا  
كالمصوغ فيه شبهة عدم التعيين اذ فيه شبهة الثمنية اذ قد خلق غنا والشبهة في باب الربا كالحقيقة على  
ما مر غير مرة ولما كان المعول عليه تناول النص باطلاقه لم يدفعه أن الثابت شبهة الشبهة بل وجب  
بالنص الحاق شبهة الشبهة بالربا في هذا الحكم وقوله في جهة واحدة لانهم لا يمشيان كل في

بالمضروب نسبة شبهة  
الفضل فاذا بيع مضروب  
بمصوغ نسبة وهو مما  
يتعين كان بالنظر الى كونه  
خلق غنا شبهة عدم التعيين  
وتلك شبهة زائدة على الشبهة  
الاولى والشبهة هي المعبرة  
دون النازل عنها أوجب  
بأن عدم الجواز في المضروب  
نسبة بقوله يدايد  
لأب الشبهة لان الحكم في  
موضع النص مضاف اليه  
لا الالة فتكون الحرمة  
في هذه الصورة باعتبار  
الشبهة (والمراد بالافتراق  
ما يكون بالابدان حتى لو  
مشيا معا إلى جهة واحدة  
أو نافي المجلس أو أغنى  
عليهما لا يبطل الصرف  
لقول ابن عمر رضي الله عنهما

قال المصنف (تحقيقا  
للمساواة فلا يتحقق الربا)

أقول سيجي بيان لزوم الربا من الشيخ أكل الدين في شرح قول المصنف ومن كان له على آخر عشرة دراهم فراجعه  
(قوله قيل هو منصوب الخ) أقول صاحب القيل هو الانتقائي والظاهر ان يكون معطوفا على قوله تحقيقا للمساواة بحسب المعنى (قوله  
فان قيل الى قوله بالمصوغ نسبة الخ) أقول المراد بقوله نسبة اتقاء القبض لا التأجيل كما لا يخفى على المتأمل في السياق (قوله فاذا  
بيع مضروب بمصوغ نسبة) أقول أي بلا قبض (قوله كان بالنظر الى كونه الخ) أقول فاذا بيع بدون القبض لزم شبهة النسبة  
وتعم تحقيق الكلام وتوضيح المرام يظهر بالمراجعة الى ما سبق في باب الربا من التفصيل المتعلق بالخلاف الواقع بين الشافعي في  
عدم اشتراط القبض في سائر الاموال الربوية فراجع (قوله أوجب بأن عدم الجواز في المضروب نسبة الخ) أقول أي بدون القبض  
(قوله بقوله يدايد) أقول اذ معناه عينا بعين على ما سلف في باب الربا والتعيين في المضروب لا يتحقق الا بالقبض كما بينت فثبت اشتراط  
القبض فيه بالنص بخلاف المصوغ فان تعيينه لا يتوقف على القبض اذ هو مبيع متعين في نفسه الا أن فيه شبهة عدم التعيين بالنظر  
الى أصل خلقه فعدم جواز بيعه بلا قبض جاعل هذه الشبهة فليتامل

وان وثب من سطح قنب معه ( وقصته ماروى عن أبي جيلة قال سألت عبد الله بن عمر رضى الله عنهم ما قلت انا تقدم أرض الشام ومنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الكاسدة فبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لاتفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقسه حتى تستوفى وان وثب من سطح قنب معه وفيه دليل على ان المفتى اذا بين جواب ما سئل عنه لا بأس أن يبين للسائل الطريق المحصل المقصود مع التكرار عن الحرام ولا يكون ذلك مما هو مذموم من تعليم الحيل وقيد مشيه ما يجبهه واحدة لانه لو مشيا الى جهتين يوجب تفرق الابدان وهذا المذكور من التفرق هو المعترف قبض رأس مال السلم (قوله بخلاف خيار الخيرة) يرجع الى قوله لم يبطل الصرف يريد أن مشى الخيرة مع زوجها وان كان الى جهة واحدة يبطل (٣٧١) خيارها لانه يبطل بالاعراض

(وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق رب بالاهاء وهاء) على وزن هاع بمعنى خذ ومنه قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابيه (قوله فان افتراقى الصرف) متعلق بقوله ولا بد من قبض العوضين بمعنى لبقاء العقد فان افتراق قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد لفوات شرط البقاء وهذا صحيح بخلاف قول من يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه والقبض انما هو بعد العقد وما أجيب به بأن شرط الجواز ما يشترط مقارنا لحالة العقد لأن اشتراط القبض مقارنا لحالة العقد من حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراص لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلقنا الجواز بقبض

وان وثب من سطح قنب معه وكذا المعتمد بما ذكرناه في قبض رأس مال السلم بخلاف خيار الخيرة لانه يبطل بالاعراض فيه (وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة) ووجب التقابض (لقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالورق رب بالاهاء وهاء) (فان افتراقى الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما يبطل العقد) لفوات الشرط وهو القبض

جهة كان افتراقا مبطلا وقول ابن عمر وان وثب من سطح قنب يفيد عدم بطلان العقد بمجرد اختلاف المكان بل اذا لم يوافق له إلا خرفيه وهذا لان مجرد وثوب أحدهما يختلف مكانهما ولم يعتبر ما نعا الا اذا لم يثبت معه وحديث ابن عمر هذا غريب جدا من كتب الحديث وذكره في المسوط فقال وعن أبي جيلة قال سألت عبد الله بن عمر قلت انا تقدم أرض الشام ومنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة فبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لانه لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقسه حتى تستوفى وان وثب عن سطح قنب معه وفيه دليل رجوعه عن جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس وعن ابن عباس أيضا رجوعه وفيه دليل أن المفتى اذا أجاب لا بأس أن يبين للسائل طريق التحصيل المطلوبه كما فعل صلى الله عليه وسلم حيث قال لبلال بع التمر ببيع آخر ثم اشتر به انما المحطور تعليم الحيل المكاذبة لاسقاط الوجوبات قال (وكذا المعتمد في قبض رأس مال السلم) يعني أن يقبضه قبل الافتراق دون اتحاد المجلس (بخلاف خيار الخيرة) فانها لو قامت قبل الاختيار بطل وكذا اذا مشى مع زوجها في جهة واحدة فان ذلك دليل اعراضها عما كانت فيه لان المعتمد في الابطال هناك دليل الاعراض والقيام ونحوه دليله فلزم فيه المجلس ولتعلق الصحة بعدم الافتراق لا يبطل لو ناجى المجلس قبل الافتراق أو أغنى عليه ما أوطال قعودهما وعن محمد رحمه الله جعل الصرف كخيار الخيرة يبطل بدليل الاعراض كالقيام من المجلس حتى لو ناجا أو أحدهما فهو فرقة ولو ناجا ما جالس فلا وعنه القعود الطويل فرقة دون المصير ولو كان لرجل على آخر ألف درهم ولا آخر عليه مائة دينار فأرسل رسولا يقول له بعثك الدراهم التي لي عليك بالدينار التي لك على فقال قبلت كان باطلا وكذا لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو من بعيد لانهم متفرقان وعن محمد لو قال الاب اشهدوا أنى اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة وقام قبل نقدها بطل هذا ويجوز الرهن ببدل الصرف والحالة به كافي رأس مال السلم (قوله وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة واشترط القبض) لما روى الستة من حديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق رب بالاهاء وهاء والبر بالبر بالاهاء وهاء والشعير بالشعير بالاهاء وهاء والتمر بالتمر

يوجد في المجلس لان المجلس العقد حكم حالة العقد كافي الايجاب والقبول فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلسه كالوجود وقت العقد حكما ولو كان موجودا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز فكذا اذا كان موجودا حكما فعلى ما ترى فيه من التمهّل مع حصول المقصود ويجعله شرط البقاء

(قوله يرجع الى قوله لم يبطل الصرف) أقول بل يرجع الى قوله المراد منه الافتراق بالابدان فتأمل تدبر ثم قوله بالابدان على معنى دون المكان (قوله بخلاف قول من يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه الخ) أقول فيبحث وجوبه بظاهر (قوله وما أجيب به بأن شرط الجواز) أقول قوله وما أجيب مبتدأ وخبره يبيح بعد أسطر وهو قوله فعلى ما ترى فيه من التمهّل (قوله فعلقنا الجواز) أقول في التفرع يجمع تأمل الجواز أن يشترط التبعض بالتراخي قبل العقد وأما لو قال لما فيه من ايجاب اثبات اليد على مال الغير مع خلاف قوله من غير تراص لا يدفع ذلك

(ولهذا) أي: ولأن الافتراق بلا قبض مبطل (لا يصح شرط الخيار في الصرف ولا الاجل) بأن يقول اشتريت هذا الدينار بهذه الدراهم على أن بالخيار ثلاثة أيام أو قال إلى شهر (لأن الخيار لا يبقى القبض مستحقاً) لمنعه الملك (وبالاجل يفوت القبض المستحق) والفرق بين العبارتين أن في الخيارية آخر القبض إلى زمان سقوطه فلم يكن في الحال مستحقاً وفي الاجل ذكر في العقد ما ينال في القبض وذكر منافي الشيء مفوت به كذا قيل وكأنه راجع إلى أن في الأول (٣٧٣) استحقاق القبض فائت وفي الثاني القبض المستحق شرعاً فائت (قوله الا اذا أسقط في المجلس)

يعني منهما ان كان الخيار لهما أو من له ذلك (فيعود إلى الجواز لا ارتفاعه قبل تفرقه) استحساناً بخلاف زفر رحمه الله وهو القياس وان أسقط الاجل فكذلك وان أسقط أحدهما فكذلك في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف إن صاحب الاجل اذا أسقط الاجل لم يصح حتى يرضى صاحبه والفرق يعرف في شرح القدوري مختصر الكرخي وقيد بشرط الخيار لأن خيار العيب والرؤية يثبتان في الصرف كما في سائر العقود إلا أن خيار الرؤية لا يثبت إلا في العين لا الدين فإنه لا فائدة في رده بالخيار اذا العقد لا ينفسخ برده وانما يرجع بمثله ويجوز أن يكون المقبوض مثل الردود أو دونه فلا يفيد الرد فائدة قال (ولا يجوز التصرف في عين الصرف قبل قبضه الخ) التصرف في عين الصرف قبل قبضه لا يجوز ذاباع دينار بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوباً فاسد البيع في الثوب لقوات القبض المستحق بالعقد

ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لأن أحدهما لا يبقى القبض مستحقاً وبالثنائي يفوت القبض المستحق الا اذا أسقط الخيار في المجلس فيعود إلى الجواز لا ارتفاعه قبل تفرقه وفيه خلاف زفر رحمه الله قال (ولا يجوز التصرف في عين الصرف قبل قبضه حتى لو باع ديناراً بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوباً فاسد) لأن القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه قوله وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر لأن الدراهم لا تمنع في صرف العقد إلى مطلقها ربا إلا هاء وهاء قبل ومعنى قوله ربا أي حرام باطلاق اسم الملتزم على اللازم ولا مانع من جعله في حقيقة شرعا وان اسم الربا ضمن الزيادة من الاموال الخاصة في أحد العوضين في قرض أو بيع ووجه الاستدلال انه استثنى حالة التقابض من الحرام بمحصر الحل فيها فينتهي الحل في كل حالة غير هاء فيدخل في عموم المستثنى حالة النفاضل والتساوي والمجازفة فيحل كل ذلك وقوله (الا اذا أسقط الخيار في المجلس) استثناء من لازم قوله لا يصح شرط الخيار وهو قوات الشرط المستلزم للبطلان أي شرط الخيار يفوت الشرط الا اذا أسقطه فلا يفوت فيعود إلى الجواز وقد منانقل خلاف زفر فيه هذا وبين الفساد بترك القبض والفساد بالاجل فرق على قول أبي حنيفة في مسألة وهي ما اذا باع جارية في عتقها طوق فضة زنته مائة بألف درهم حتى انصرف الطوق مائة من الالف فيصير صرفا فيه وسماهة للجارية ببيعائه لو فسد بترك القبض بطل في الطوق وبيع الجارية بتسماهة صحيح ولو فسد بالاجل فسد فيه ما عنده خلافا لهما وقرق بأن في الاول ان عقد صحيحا ثم طرأ المفسد فيخص محله وهو الصرف وفي الثاني ان العقد أولا على الفساد فشاخ وهذا على الصحيح من أن القبض شرط البتاء على العينة وفي الكامل لو أسقط الاجل من له الاجل دون الآخر صرح في المشهور وليس في الدراهم والدينار بخيار زرويه لان العقد لا ينفسخ برده لانه انما وقع على مثلهما بخلاف التبر والحلي والاواني من الذهب والفضة لانه ينتقض العقد برده لتعينه فيه ولو وجد أحدهما أو كلاهما دون الافتراق بقاء واستوفاء حكمه في جميع أبوابه الاستبدال والبطلان كراس مال السلم (قوله ولا يجوز التصرف في عين الصرف قبل قبضه) وكل منهما من الصرف فالخامس أن لا يجوز التصرف في أحد بدل الصرف قبل قبضه بهية ولا صدقة ولا بيع فان فعل بعض ذلك مع العاقد بأن وعبه البديل أو تصدى به عليه أو أبرأه منه فان قبل بطل الصرف لتعذر وجوب القبض واذا تعذر الشرط ينتفي المشروط وان لم يقبل لا ينتقض لان البراءة وما معها بسبب الفسخ فلا ينقذه أحدهما بعد صحة العقد وقرع عليه (ما لو باع ديناراً بعشرة) مثلاً (ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوباً فاسد) بفساد الثوب فاسد لان القبض (مستحق حقا لله) فلا يسقط باسقاط المتعاقدين فلو جاز البيع في الثوب سقط فلا يجوز بيع الثوب والصرف على حاله يقبض بدله من عاقده معه وأورد عليه ان فساد الصرف حينئذ حق الله وصحة بيع الثوب حق العبد فمعارضاً فيقدم حق العبد لتفضل الله سبحانه بذلك أجيب بأن ذلك بعد ثبوت الحقين ولم يثبت حق العبد بعد لانه يفوت حق الله بعد تحققه فيمتنع لانه يرتفع والتقديم فيما اذا ثبتا فارتفع أحدهما فاضلا وقد

حق الله تعالى اذا الر با حرام حقا لله والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر لأن الدراهم لا تمنع عينا كانت أو ديناراً في صرف العقد إلى مطلق الدراهم اذا لا طلاق والاضافة إلى بدل الصرف اذا لم يسوء وانما قال عن زفر لان الظاهر من مذهبه كذهب العلماء الثلاثة

(قوله وكأنه راجع إلى أن في الأول استحقاق القبض فائت وفي الثاني القبض المستحق شرعاً فائت) أقول قوله استحقاق القبض فائت أي لعدم الملك وقوله القبض المستحق أي لكونه مالاً وقوله شرعاً فائت أي للتأجيل (قوله حقا لله تعالى) أقول اذا القبض واجب بالسنة (قوله اذا الر با حرام) أقول يعني النسبة

ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان الصرف مبيع ولا بد فيه من مبيع وماعة سوى الثمن وليس أحدهما أولى بكونه مبيعا  
فجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمان وجه وان كانا اثنين خلقه وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما فعلنا في المتايضة واعتبرنا  
على واحد منهما ثمان من وجه مبيعا من وجه ضرورة انعقاد البيع وان كان كل واحد منهما مبيعا حقيقة قيل لان عدم الأول ما كان مادخله  
السامي بالثمنه وأجيب بأن ذلك في الاثمان الجارية كالمكيات والموزونات التي عني غير الدراهم والدنانير اذا كانت دينيا في الثمنه  
لأن الاثمان الشخصية قال ( وليس من ضرورة كونه ) جواب عما يقال لو كان ( ٣٧٣ ) يدل الصرف مبيعا وجب أن

ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمن فيجعل كل واحد  
منهما مبيعا لعدم الأول به وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون  
مبيعا كما في المسلم فيه قال ( ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة ) لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن  
يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا

نقل عن زفر رحمه الله صحة بيع الثوب لان الثمن في بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لان النقود لا يتعين  
فانما قلنا انه قد ادعى بدل الصرف كعدم اضافته فيجوز كما يجوز شراء ثوب بدراهم لم يصفها وهذا على  
أحدى الروايتين عنه أن النقود لا تتعين في البياعات فأما على الرواية الأخرى عنه فيجب أن لا يصح  
بيع الثوب كقولنا قلنا قبض بدل الصرف واجب والاستبدال بقوة فكان شرط ان يتعين الثوب  
من بدل الصرف شرطا فاسد اذ لم يمتنع الجواز لاسقاط الثمن به كذا ذكر غير واحد ولا يخفى كثرة ما ذكرنا  
في عدم تعين النقود في المبيع من أنه لو أشار إلى دراهم وعينها كان له أن يبيعها ويدفع غيرها وحاصل  
شراء الثوب ببديل الصرف ليس الاتعيين الثمن الدراهم فالو كان ذلك شرطا فاسدا منع الجواز بطل  
ما ذكرنا في عدم تعين الدراهم في البيع وكان كلما تعينت الدراهم فسد البيع لانه لا يتعين لاجرم  
أن المصنف انما أجاب بأن الثمن في باب الصرف مبيع لا استدعاء البيع مبيعا ولا مبيع فيه سوى الثمن  
فكان كل من منهما مبيعا وثمان وجهه بدل الثوب وثمانه يبيع له وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز يعني  
واذا لم يجوز لم يدخل في ملك بائع الثوب وأنت تعلم أن زفر انما قال يجوز بيع الثوب بناء على عدم تعين  
بدل الصرف ثمانا فإن يعطى من غيره ولا شك أنه يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض فاذا قال  
بعدم بيع هذا الثوب لعدم تعين نقود بدل الصرف في ثمنه كان بالضرورة قائلا بأن البيع انعقد موجبا  
دفع مثله ويكون تسمية بدل الصرف تقدير الثوب سواء سميت مبيعا أو ثمانا لانه انما يلزم بيع  
المبيع قبل القبض اذا لم يسلّمه بعينه وليس هنا هكذا فان كان هذا واقعا لم ينتهض ما دفع به المصنف من  
ذلك بل يجب صحة بيع الثوب واعطاء ثمن يملكه البائع ولما لم يكن تعليق بائع الثوب بدل الصرف لزم  
بالضرورة اعطاء غيره وهكذا نقل القدوري عنه أعني أن البيع الثاني جائز ويكون ثمن المبيع مثل الذي  
في ذمة المشتري قال وهذا على أحدى الروايتين عن زفر ان الدراهم لا تتعين فاذا لم تتعين يقع البيع بمثل  
بدل الصرف وعلى هذا فيبطلان بيع الثوب مطلقا كما هو جواب المذهب مشكل وتظهر انه يبالغ في  
الدراهم اذا اشترى وأشار اليها ودفع منها حيث يحرم الانتفاع بذلك المبيع حينئذ غير مطابق لان اجازة  
بيع الثوب على ما قررنا بأن يدفع مثل بدل الصرف لان نفسه ( قوله ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة )  
وكذا سائر الاسوال الربوية بخلاف جنسها كالخطة بالشعبه لان المانع من المجازفة اشتراط العلم  
بالمساواة ( والمساواة غير مشروطة فيه ) أي في بيع الذهب بالفضة وكل جنسين مختلفين كذلك ( لكن  
يشترط فيه القبض في المجلس لما ذكرنا ) يعني قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء

يكون مبيعا فتعال كونه  
مبيعا لا يستلزم التعيين فان  
المسلم فيه مبيع بالاتفاق  
وليس بتعين وعورض بأن  
كل واحد منهما ما لو كان مبيعا  
لا يشترط قيام المالك بينهما  
وقت العقد وليس كذلك فانه  
لو باع دينار بدرهم وليس في  
ملكه ما فاستقرضا في  
المجلس وافترقا عن قبض  
صحة وأجيب بأن الدراهم  
والدنانير حالة العقد ثمن من  
كل وجه وانما اعتبره ثمانا بعد  
العقد لضرورة العقد فيجعل  
مثنا بعده متناقبلا فلا يشترط  
وجوده قبله قال ( ويجوز  
بيع الذهب بالفضة مجازفة )  
ذا كان الصرف بغير الخس  
صح مجازفة لان المساواة فيه  
غير مشروطة لكن القبض  
شرط لقوله صلى الله عليه وسلم  
الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء  
وهو والمعقول المتقدم  
مراد بقوله لما ذكرنا بخلاف  
بيعه بجنسه مجازفة فانه  
لا يجوز اذا لم يعرف المتعاقدان  
قدرهما وان كانا متساويين  
في الوزن في الواقع لان العلم  
بتساويهما حالة العقد شرط  
صحته لان الفضل حينئذ

موهوم والموهوم في هذا الباب كالتحقق والنبي صلى الله عليه وسلم لم يرد المماثلة في علم الله لانه لا سبيل الى ذلك وانما أراد المماثلة في علم  
العاقدين ولم توجد وان لم توجد فان كانا وزنا في المجلس وعلمنا في المجلس تساويهما كان القياس أن لا يجوز لوقوع العقد فاسدا فلا ينتدب  
جائز الكتم استحسنوا جوازه لان ساعات المجلس كساعة واحدة

قال المصنف ( ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع ) أقول ما ثبت بالضرورة بقدر الضرورة فلا يعتبر في كونه مبيعا فيما اذا  
جعل في مقابلة الثوب كالا يخفى ويؤيد ذلك ما سيجي عني في بيع الدراهم الخالية الغش بمثلها متفاضلا حيث شرط القبض في المجلس ( قوله  
اذا كانت دينيا ) أقول وقابلها مبيع



وقال زفر رحمه الله اذا عرف التساوي بالوزن جاز سواء كان في المجلس أو بعده لان الشرط هو المماثلة والفرض وجودها في الواقع والجواب ما قلنا ان المراهب امامها وفي علمها قال ( ومن باع جارية قيمتها ألف منقال فضة الخ ) الجمع بين النقود وغيره في البيع لا يخرج النقود عن كونها صرفا بما يقابلها من الثمن باع جارية قيمتها ألف منقال فضة وفي عنقه اطوق فضة فيه ألف منقال بأني منقال ونقد من الثمن ألف منقال ثم افترقا فالذي نقد من الفضة لأن قبض حصه الطوق في المجلس واجب حقا للشرع لكونه بدل الصرف وقبض من الجارية ليس بواجب ولا معارضة ( ٣٧٤ ) بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم الاتيان بالواجب بقرن اللدنة

قال ( ومن باع جارية قيمتها ألف منقال فضة وفي عنقه اطوق فضة قيمتها ألف منقال بأني منقال فضة ونقد من الثمن ألف منقال ثم افترقا فالذي نقد من الفضة ) لأن قبض حصه الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب ( وكذا الواشترها بأني منقال ألف منقال فضة وألف نقد أفالنفد من الطوق ) لأن الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز وهو الظاهر منهما ( وكذلك ان باع سيفاً على بمائة درهم وحليته خمسون فدفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصه الفضة وأن لم يبين ذلك لما يينا وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين من عنهما ) لأن الاثنين قدر ابدى كرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما فيحمل عليه لظاهر حاله ( فان لم يتقابضا حتى افترقا )

لكن العادة في مثله أن يقول لما روينا ثم المراد بالمجلس ما قبل الافتراق فغير بالمجلس عنه ( قوله ومن باع جارية قيمتها ألف منقال فضة وفي عنقه اطوق فضة فيه ألف منقال بأني منقال فضة ونقد من الثمن ألف منقال ثم افترقا ) صرف المقود الى الطوق وان لم ينص الدافع عليه وكذا لو قال خذ هذه منهم ما صرف أيضا الى الطوق وصح البيع فيهما تحريا للجواز بتحكيم ظاهر حالهما اذا الظاهر قصدهما الى الوجه المصحح لأن العقد لا يفيد تمام مقصودهما الا بالصفة فكان هذا الاعتبار عابا بالظاهر والظاهر يجب العمل به بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذه ألف من عن الجارية فان الظاهر حينئذ عارضه التصريح بخلافه فاذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما اذا لم يقبضه فان قلت ففي قوله خذ هذه منهم ما عارضه أيضا قلنا لا نسلم لأن المتن قد استعمل في الواحد أيضا ( قال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد من أحدهما ) وهو البحر الملح وبما عذر الجن والانس ألم يأتكم رسل منكم وانما الرسل من الانس في مذهب أهل الحق وقال تعالى نسيحاوتهم ما وانما نسيه في موسى ( وقال صلى الله عليه وسلم في ) قصة ( مالك بن الحويرث وابن عم له اذا سافرتما اذنا وأقيما وانما أراد أن يؤذن أحدهما ) وقال تعالى قد أجبت دعوتكما والمراد دعوة موسى لأنه قد قيل ان هرون كان يؤمن على دعائه فاذا صبح الاستعمال وكثر وجب العمل عليه لما قلنا وكرنا من قريب أنه لو كان الفساد بسبب الاجل في العقد شاع الفساد في الجارية أيضا على قول أبي حنيفة رحمه الله لأن الفساد في ابتداء العقد بخلافه عن الافتراق هذا ولقد وقع الافتراق في تصوير المسئلة حيث جعل طوقها ألف منقال فضة فانه عشرة أرطال بالمصري ووضع هذا المقدار في العنق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب وعرف من هذا الوجه أن كون قيمتهما مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الاصل أنه اذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد المضموم اليه ومثل هذا فيما اذا باع سيفاً على بمائة وحليته خمسون بمائة وخمسين أو بمائة وعشرة فدفع من الثمن خمسين فانه يجب فيه هذه الاعتبارات ولولم يتقابضا في الصورتين حتى افترقا

كما اذا تركت سجدة صلاتية وسها أيضا ثم أتى بسجدة السهو وسلم تصرف إحدى سجدة السهو الى الصلابة وان لم ينوها ليكون الاتيان بهما على وجه العكس وكذا لو اشترها بأني منقال ألف نسيئة وألف نقد أفالنفد من الطوق لأن الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز وكذا لو باع سيفاً على بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين فان دفع ساكتا عنه ما جاز البيع وكان المقبوض حصه الحلية لما يينا أن الظاهر الاتيان بالواجب وان صرح بذكرهما ما فكذلك لأن الاثنين قدر ابدى كرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرج من أحدهما ما فيحمل عليه بقرينة الحال وان قال عن ثمن الحلية خاصة فلا كلام

فيه وان قال عن ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم أو لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لأن الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد والاضافة ولا مساواة بعد نصريح من القول بقوله ان المدفوع ثمن السيف فان لم يتقابضا شيئا حتى افترقا

( قوله اذا عرف التساوي بالوزن الخ ) أقول فيه بحث فانه اذا لم يوزن أصلا فالعقد محكوم فيه بالجواز كما صرح به الشارع وغيره في مسألة السيف والحلية فلا وجه لتعليق الجواز بمعرفة الوزن فليتامس في جوابه ( قوله وان قال عن ثمن السيف الى قوله لأن الترجيح الخ ) أقول فيه بحث

بطل العقد في الحلية لانه تصرف فيها وأما في السيف فان كان لا يتخلص الابن من دفعه فكذلك لعدم إمكان التسليم بدونه ولهدا لا يجوز  
 أفراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بالضرر جاز في السيف وبطل في الحلية لانه أمكن أفراده بالبيع فصار كالطوق  
 والحارية (قوله وهذا اذا كانت الفضة المفردة) يعني الثمن (أزيد عما فيه) أي المبيع تعمم للكلام لان فرض المسئلة أن الحلية خسون  
 والتمن مائة فكان ذكره مستغنى عنه لكنه عمم الكلام لبيان الأقسام الأخرى وهي أربعة الأولى أن يكون وزن الفضة المفردة أزيد  
 من وزن الفضة التي مع غيرها وهو جائز لان مقدارها يقابلها والرائد يقابل الغير فلا يفتى الى الربا والثاني أن يكون وزن المفردة مثل  
 المنصبة وهو غير جائز لانه بالان الفضل ربا سواء كان من جنسها أو من غير (٣٧٥) جنسها والثالث أن تكون المفردة

بطل العقد في الحلية لانه تصرف فيها) وكذلك في السيف ان كان لا يتخلص الابن من دفعه (لانه لا يمكن تسليمه  
 الابن الضرر وله هذا لا يجوز أفراده بالبيع كالجذع في السقف (وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع  
 في السيف وبطل في الحلية) لانه أمكن أفراده بالبيع فصار كالطوق والحارية وهذا اذا كانت الفضة  
 المفردة أزيد عما فيه فان كانت مثله أو أقل منه أو لا يدري لا يجوز البيع بالربا وألا حتماله وجهة الصحة  
 من وجهه وجهة الفساد من وجهين فترجحت قال (ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه  
 بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما) لانه تصرف كله فصح فيما وجد  
 شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع قال (ولو استحق بعض  
 الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بحصته وان شاء رده) لان الشركة عيب في الاناء

بطل في حصة الطوق والحلية لانه تصرف فيها وصح في الحارية وأما السيف فان كانت الحلية لم يتخلص  
 منه الابن رقبته فسد في السيف أيضا لانه لا يمكن تسليمه الابن رقبته وله هذا لا يجوز أفراده  
 بالبيع كما مر في جذع من سقف فان كان يتخلص بالضرر جاز فيه كالحارية لانه أمكن أفراده بالبيع  
 وبطل في الحلية خاصة ثم الجواب في المسئلةتين مقيد بما اذا كانت الفضة المفردة يعني الثمن أكثر  
 من الطوق والحلية فان كانت مثله أو أقل أو لا يدري واختلف المقومون في ذلك لا يجوز البيع للربا  
 حقيقة فيما اذا كانت أقل أو مساوية بسبب زيادة البدل الآخر وهو المبيع الفضة زيادة من جنسه  
 أو من غيره وهو نفس الحارية والسيف أو احتمال الربا فيما اذا لم يدرك الحال وتقدم أنه لا بد من العلم  
 بالمساواة فان قيل في صورة الاحتمال لم يقطع بالفساد أجاب بأن جهة الفساد متعددة فانها من  
 وجهين وهو تجوز التافلية والمساواة بخلاف الصحة فانها على تقدير واحد وهو الزيادة فترجحت جهة  
 الفساد على أن مجرد احتمال الربا كاف في الفساد فلا حاجة الى الترجيح مع أنه يرد عليه أن الترجيح مما  
 يصلح بنفسه علة للفساد ويحتاج الى الجواب بأن المعنى ان احتمال أحدهما فقط فسد فكيف اذا اجتمعا  
 وعلى هذا كل ما اشترى بالفضة فضة مع غيرها أو بالذهب ذهبا مع غيره (قوله ومن باع اناء فضة بفضة  
 ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما  
 صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يقبض و) لا يشيع (الفساد) في الكل لانه (طارئ) بعد  
 صحة العقد في الكل بناء على ما هو المختار من أن القبض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط  
 الانقضاء على وجه الصحة في الكل (فيمص ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع) ولا يتخير واحد من المتعاقدين  
 لان عيب الشركة جاء بفعلها وهو الافتراق بلا قبض بخلاف ما لو استحق بعض الاناء فان المشتري بالخيار  
 ان شاء أخذ الباقي بحصته وان شاء رده (لان الشركة عيب) ولم يحدث بصنعه بخلاف ما لو باع قطعة

أقل وهو أوضح والرابع  
 أن لا يدري مقدارها وهو  
 فاسد لعدم العلم بالمساواة  
 عند العقد وتوهم الفضل  
 خلافا لغيره فان الأصل هو  
 الجواز والمفسد هو الفضل  
 الخالي عن العوض فان لم  
 يعلم به حكم بجوازه والجواب  
 أن ما لا يدري يجوز في  
 الواقع أن يكون مثلا وان  
 يكون أقل وان يكون  
 زائدا فان كان زائدا جاز  
 والافسد فتعددت جهة  
 الفساد فترجحت واعترض  
 بأن كل جهة منهم ماعلة  
 للفساد فلا تصلح للترجيح  
 وأجاب شمس الأئمة  
 الكردي رحمه الله بأن  
 حراجه أنه اذا كان أحدهما  
 يكفي للحكم فاطنك بهما  
 لا الترجيح الحقيقي اذا تعارض  
 بين المفسد والمصحح فيما  
 يلحق الشبهة فيه بالحقيقة  
 قال (ومن باع اناء فضة ثم  
 افترقا الخ) ومن باع اناء  
 فضة بفضة أو بذهب وقبض  
 بعض الثمن دون بعض واقترا

بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما قبض واشترى كافى الاناء لانه تصرف كله وقد وجد شرط بقاء العقد في بعض دون بعض فصح أي بقي  
 صحيحا في بعض وبطل في آخر وهذا بناء على أن القبض في المجلس شرط البقاء على الجواز فيكون الفساد طارئا فلا يشيع لا يقال على هذا  
 يلزم فريق الصفة وذلك فاسد لان فريق الصفة قبل تمامها لا يجوز وهما الصفة تامة فلا يكون مانعا وقد تقدم معنى تمام الصفة  
 قال (ولو استحق بعض الاناء الخ) أي ولو استحق بعض الاناء في هذه المسئلة فالمشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان  
 الاناء عيب بعيب الشركة اذا الشركة في الاعيان المجتمعة تعد عيبا لا تنقضيها بالتبعيض وكان ذلك بغير صنعه فيختار بخلاف صورة  
 الافتراق فان العيب يحدث بصنعه منه وهو الافتراق لا عين قبض

قال (وان باع قطعة نقرة الخ) المراد بالنقرة قطعة فضة مذابة فاضافة القطعة الى النقرة من باب اضافة العام الى الخاص واذا باع قطعة نقرة  
بذهب أو فضة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لان الشركة فيها ليست ببيع لان التبعض لا يضره بخلاف الاناء قال  
(ومن باع درهمين ودينار بدرهم ودينارين جازا لبيع الخ) رجل باع درهمين ودينار بدرهم ودينارين جازا لبيع وجعل كل جنس بخلافه  
وقال زفر والشافعي رحمهما الله (٣٧٦) لا يجوز وعلى هذا اذا باع كر شعير وكر حنطة بكرى شعير وكرى حنطة

(ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له) لانه لا يضره التبعض قال  
(ومن باع درهمين ودينار بدرهم ودينارين جازا لبيع وجعل كل جنس بخلافه) وقال زفر والشافعي  
رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكرى شعير وكرى حنطة ولهما ان  
في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيه الانقسام على الشيوع  
لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوب باع عشرة  
ثم باعهما مائة لا يجوز وان أمكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بألف درهم ثم باعه  
قبل نقد الثمن من البائع مع عبدا آخر بألف وخمسمائة لا يجوز في المشتري بألف وان أمكن تصحيحه  
بصرف الألف اليه وكذا اذا جاع بين عبده وعبده غيره وقال بعتك أحدهما لا يجوز وان أمكن تصحيحه  
بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوبا واقترا فان غير قبض فسد العقد في الدرهمين  
ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا

نقرة ثم استحق بعضها حيث يأخذ الباقي بحصتها (ولا خيار له لانه لا يضره التبعض) فلم يلزم العيب  
وهو الشركة لا مكان أن يقطع حصته منها (قوله) ومن باع درهمين ودينار بدرهم ودينارين جازا لبيع  
(وجعل كل واحد) من الجنسين (بخلافه) فيعتبر الدرهمان بالدينارين والدرهم بالدينار (وقال زفر  
والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكرى شعير وكرى حنطة)  
أو باع السيف المحلى بفضة بسيف محلى بفضة ولا يدرى مقدار الحليتين وكذا درهمين ودينار بدرهمين  
ودينارين (لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه) أي تصرف العاقد (لانه قابل الجملة  
بالجملة ومن قضيه الانقسام على الشيوع لا على التعيين) وهو أن يكون كل جزء على الشيوع مقابلا  
لكل جزء على الشيوع فيندرج فيه جنس ذلك الجزء وخلاف جنسه وجزاء جنسه أكثر اذا جاز  
دينارين أكثر من أجزاء دينار بالضرورة وليس المعنى أن كل جزء معين مقابل بكل جزء على اليوم والا  
كانت الذرة من الدينار مقابلة بجميع الدينارين والدرهم فلم يبق للذرة ما يقابلها أو يقابل الكل بنفسه  
أشياء كثيرة وهو اعتبار يمكن لكنه مستنكر وهو أن يقابل الذرة بألف ذرة ثم تكون هذه الألف بنفسها  
مقابلة للذرة أخرى وأخرى ولانه حيث ينبغي الانقسام بادنى تأمل والدليل على أن الانقسام كما ذكرنا  
مالوا اشترى عبدا او جارية بثوب وفسر ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد في الثوب والفرس جميعا ولو لا  
أن الانقسام على الشيوع لما رجع في الثوب والفرس جميعا وتغيير تصرفهما لا يجوز وان كان فيه تصحيح  
التصرف بدليل الاجماع على أن من اشترى قلبا او زنه عشرة بعشرة وثوب باع عشرة ثم باعه مائة صفقة  
واحدة لا يجوز وان أمكن صرف الربح الى الثوب وحده ليخا والقلب عن التفاضل وكذا اذا اشترى عبدا  
بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبدا آخر بألف وخمسمائة لا يجوز وبفسد في المشتري بألف  
وان أمكن تصحيحه بصرف الألف اليه وكذا اذا جاع بين عبده وعبده غيره وقال بعتك أحدهما لا يجوز  
وان أمكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوبا واقترا فان غير قبض فسد  
في الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لما ذكرنا فهذه أحكام اجماعية كاهاداة على أن تغيير التصرف

والاصل أن الاموال الربوية  
المختلفة الجنس اذا اشتمل  
عليها الصفة وكان في صرف  
الجنس الى الجنس فساد  
المبادلة يصرف كل جنس  
منها الى خلاف جنسها  
عند العلماء الثلاثة  
تصحيح العقد خلافهما  
قالا ان في الصرف الى خلاف  
الجنس تغيير تصرفه لانه  
قابل الجملة بالجملة ومن  
قضيه التقابل الانقسام  
على الشيوع لا على التعيين  
ومعنى الشيوع هو أن يكون  
لكل واحد من البلدين حظ  
من جملة الآخر والدليل على  
ذلك الوقوع فانه اذا اشترى قلبا  
أي سوارا بعشرة وثوب باع عشرة  
ثم باعه مائة لا يجوز  
وان أمكن صرف الربح  
الى الثوب وكذا اذا اشترى  
عبدا بألف ثم باعه مع عبدا  
آخر قبل نقد الثمن من  
البائع بألف وخمسمائة  
لا يجوز في المشتري بألف  
وان أمكن تصحيحه بصرف  
الألف اليه وكذا اذا جاع  
بين عبده وعبده غيره فقال  
بعتك أحدهما لا يجوز وان  
أمكن تصحيحه بصرفه الى  
عبده وكذا اذا باع درهما

وثوبا بدرهم وثوبا واقترا فان غير قبض فسد البيع في الدرهم ولا يصرف الى الثوب وليس ذلك كله الاما  
ذكرنا أن قضيه هذه المقابلة الانقسام على الشيوع دون التعيين فالتعيين تغيير والتغيير لا يجوز

(قوله والدليل على ذلك الوقوع الخ) أقول لا يطابق المشروح (قوله لما ذكرنا أن قضيه هذه المقابلة الخ) أقول ذلك في الثالث غير ظاهر  
اذ ليس فيه مقابلة الجملة بالجملة فليست أمثل

ولأن المقابلة المطلقة لم تحصل بمقابلة الفرد بالفرد فكان جائزاً لارادة فينبغي أن يكون مراداً ما أنه جائزاً لارادة فلان كل مطلق يحتمل  
المقابلة المحالة ولهذا اذا باع كره خطه بكرهه فسد لان الكره قابل الكره وفضل الآخر أو ما وجوب أن يكون مراداً فلا نه طريق متعين  
لتصح العقد فيجب سلوكه ولو منع تعيينه لذلك بإمكان أن يكون درهم من الدرهمين بمقابلة درهم والدرهم الآخر بمقابلة دينار من  
الدينارين والدينار بمقابلة دينار آخر قلنا هذا غلط لاناً ما أردنا من الطريق الا صرف الى خلاف الجنس على أى وجه كان على ان  
فيما ذكرتم تغيرات كثيرة وما هو أقل تغييراً متعين والجواب عن قولهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه أن يقال فيه تغيير  
وصف التصرف أو أصله والا اول مسلم ولأنه مانع عن الجواز والثاني ممنوع (٣٧٧) لان موجبه الاصل وهو ثبوت

الملك في الكل بمقابلة الكل  
باقى على حاله لم يتغير وصار  
هذا كما اذا باع نصف عبد  
مشتريك بينه وبين غيره  
ينصرف الى نصيبه تصحيحاً  
لتصرفه وان كان في ذلك  
تغيير وصف التصرف من  
الشيوع الى معين لما كان  
أصل التصرف وهو ثبوت  
الملك في النصف باقياً ثم  
أجاب عن المسائل المستشهد  
بها أما الاولى أعني مسألة  
المراجعة في قوله لا يصير  
تولية في القلب بصرف  
الربح كله الى الثوب ولا  
يجزى لو من أن يكون مراده  
أنه تغيير في الأصل أو غير  
ذلك فان كان الثاني فلم يبينه  
وان كان الاول فهو ممنوع  
لما تقدم في باب زيادة الثمن  
والمأن ان الانتقال من الزيادة  
الى النقصان تغيير العقد  
من وصف مشروع الى  
وصف مشروع وله ان يجوز  
أن يقال ان ذلك في المساومة  
أما اذا صرحا بذكر المراجعة  
فالتغيير الى التولية في أصل

ولأن المقابلة المطلقة لم تحصل بمقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وأنه طريق متعين لتصحيحه  
فيحصل عليه تصحيح التصرف فيه تغيير وصفه لأصله لانه يبقى موجبه الاصل وهو ثبوت الملك في  
الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحاً  
لتصرفه بخلاف ما عده من المسائل أما مسألة المراجعة فلا تية يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى  
الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الألف الى المشتري وفي  
الثالثة أضيف البيع الى المنكر وهو ليس بحمل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة العقد انعقد تصحيحاً  
والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء

لا يجوز وان كان يتوصل به الى تصحيحه قال امام الحرمين والمعتمد عندي في التعليل اننا تعبدنا بالممانلة  
تحقيقاً وهنالك تحقيق فيفسد العقد قال صاحب الوجيز وللخصم أن يقول تعبدنا بتحقيق الممانلة  
فيما اذا تمحضت مقابلة الجنس بالجنس أم على الاطلاق فان قلت الثاني ممنوع وان قلت الاول  
فمسلم وليس صورة غلط لافية انتهى ببعض تغيير وحاصله أن على تقدير مقابلة الجملة بالجملة  
والجزء الشائع بالشائع لا يقتضى الربا والفساد وانما يقتضيه لو كان التفاضل لازماً حقيقة وذلك  
لا يكون الا اذا قبل معين معين وتفاضلاً وحينئذ لا حاجة في التصحيح الى التوزيع وصرف كل  
الى خلاف جنسه عينا لكان الاصحاب اقتحموه بناء على أصلي اجماعى وهو أن مهما ما يمكن تصحيح تصرف  
المسلم العاقل يرتكب وله نظائر كثيرة ولهذا يحمل كلامه على المجاوزة ترك حقيقة اذا كان لا يصح  
على تقديره ويدرج في كلامه زيادة لم يتلفظ به اذا كان لا يصح الا بذلك كأنهم نظروا الى أن المقابلة على  
وجه الشيوع ان لم تقتض حقيقة الربا بالاسم شبهة وشبهة الربا بمعتبرة كحقيقته فقالوا العقد كذلك انما  
يقتضى مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه أو من خلاف جنسه لان اللفظ  
مطلق غير متعرض لواحد منهما لكان مع عدم الاقتضاء محتمل مقابلة الفرد بالفرد وهو الجنس المعين هنا  
بجنس معين بدليل أنه يصح تقديره فانه لو قال بعث هذين الدرهمين والدينارين بدينارين ودرهم على معنى  
أن الدرهمين بالدينارين والدينارين بالدرهم صح وهو طريق متعين للتصحيح فوجب حمله عليه وعلى هذا  
التقدير لا حاجة الى قول المصنف وفيه تغيير وصف العقد كما نه نظر الى أن الظاهر هو مقابلة الجملة بالجملة  
شائناً لأصله لانه يبقى موجبه وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار كما اتفقنا عليه فيما اذا باع  
نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحاً لتصرفه بخلاف المسائل المذكورة فان  
عدم الصرف فيه عدم الامكان والتعيين أما مسألة المراجعة فعدم الصرف لانه يتغير أصل العقد اذا  
يصير تولية في القلب ولم يترض بأن مقتضى ما تقدم من وجوب حمل الثمن على الواحد في مسألة الطوق

(٤٨ - فتح القدير خامس) العقد لا في وصفه وأما الثانية فبقوله والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن  
صرف الزيادة على الألف للمشتري وقد تقدمت هذه المسئلة في شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وأما الثالثة فلا تية أضيف البيع الى  
المنكر والمنكر ليس بحمل للبيع والمعين ضده والشئ لا يتناول ضده وأما في الاخيرة فان العقد قد انعقد تصحيحاً وفسد حالة البقاء بالافتراق  
بلا قبض وكلامنا في الابتداء يعني ان الصرف الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء وهو في الابتداء صحيح  
(قوله فلان كل مطلق يحتمل المقيد الخ) أقول فيه بحث (قوله فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن) أقول لعل مراده هو المنع  
اللعوى فلا يردانه يؤهل الى مقابلة المنع بالمنع

والخارجية أن يحمل قوله بعتم ما بعثتم من مائة فيما بعثتم أن يحمل فيما على أحدهما يعني الثوب  
كما حمل قوله خذ هذه الألف من عتم ما على غن أحدهما وهو الطوق وكون الطوق لم يصرف مائة لا يضر  
أن يصدق أن المقدم مائة بثبوت الرجح في بعض مبيعات الصفقة الواحدة وفي المسئلة الثانية وهو  
ما إذا باع عبد اشتراه بألف من اشتراه منه مع عبد آخر بألف وخمسمائة طريق تصحيحه غير متعين أن  
يكون بصرف الخمسمائة إلى العبد الآخر فيكون بائعاً ما اشتراه من اشتراه منه بمثل ما اشتراه منه لأنه  
كما يكون بذلك يكون بصرف أكثر من الخمسمائة بدرهم أو درهمين أو غير ذلك إلى العبد الآخر فيصير  
بائعاً المشتري من اشتراه منه بأقل مما اشتراه منه ونقض بأن طريق الصحة أيضاً ليس متعيناً فيما  
قلتم بل له وجه آخر وهو أن يعتبر بمقابلة درهم من الدرهمين بمقابلة الدرهم ودينار من الدينارين بمقابلة  
الدينار والدينار الآخر بمقابلة الدرهم أجيب بأن التغيير ما أمكن تقليله متعين وتصحيح التصرف مع قلته  
التغيير لا يكون إلا بما قلناه فكان ما قلناه متعيناً بخلاف ما فرض فإن فيه ثلاث تغييرات وأيضاً فإن الذي  
ادعينا طريقه بقامت عيناه وصرف الجنس إلى خلاف الجنس كيف كان لا بخصوص ذلك الطريق وما  
ذكرتم من ذلك ومن أن أن يصرف نصف درهم إلى نصف درهم والنصف الآخر بمقابلة الدينار في  
فروض كثيرة لا يخرج عن صرف الجنس إلى خلاف الجنس وإلى هذا يرجع قول صاحب الكافي  
في الجواب التام عدد انما يمنع الجواز إذا لم يكن لأحد الوجه ترجيح بل تساوت لأنه حينئذ يلزم الترجيح  
بلا مرجح فتمنع الوجه فيمتنع أما إذا كان فلا وفيما اعتبرناه ذلك لأن العقد ورد على اسم الدرهم  
والدرهمين فلا يغير عنه ونحن أسلفنا في أصل هذا الأصل نظرنا استندنا إلى جواز ثبوت الشيء بعقل  
مستقلة اجتمعت دفعة وأما في المسئلة الثالثة وهي ما إذا جاع بين عبده وعبده غيره وقال بعثك أحدهما  
فإن البيع أضيف إلى المنكر وهو ليس بمحل للبيع لجهالتيه ولأن المعين ضده فلا يحكم بالشيء على  
ضده فليس بشيء لأن المعرفة مما صدقات النكرة فإن زيداً يصدق عليه رجل ولا شك أنه محتمل  
فيجب حمله عليه وقد قال أبو حنيفة في قوله عبدي أو جاري حر أنه يعتق العبد ويجعل استعارة المنكر  
للمعرفة وكذا ما قيل إن تصحيح العقد يجب في محل العقد وهو لم يصف إلى المعين - وأعلم أن ما أورد على  
دفع النقوض المذكورة أن لفظه جواب فذلك والأفلا يضر ذلك النقض في اثبات المطلوب إذا ثبت  
أنه خطأ في محل آخر إذا اعترف بخطئه في محل النقض وذلك لا يوجب خطأ في محل النزاع وأما في  
المسئلة الأخيرة وهي ما إذا باع درهم ما وثبوا بدرهم وثوب واقتربا بقبض فليس مما نحن فيه فإن العقد  
انعقد صححاً وانما طرأ الفساد بالافتراق والصرف يدفع الفساد وهو قد انعقد بفساد وكلامنا ليس  
في الفساد الطارئ فإن قيل فليصرف الجنس إلى خلاف جنسه ليبقى صحيحاً كما يصرف لينعقد  
صحيحاً والمقتضى واحد ففيه ما هو الاحتيال للصحة قلنا الفساد هناك ليس طريقه متحققاً ولا مظهرنا  
ليجب اعتبار الصرف من أول الأمر بل يتوهم لأن الظاهر أنه ما يتقايضان بعد مائة قبل الافتراق  
فلا يحتاج إلى ذلك الاعتبار وأما المسئلة المستشهد بها أولاً وهي الرجوع في غن الثوب والفرس فانما  
تشهد على أن المقابلة للجملة بالجملة على الشيعوع ونحن نقول هو الأصل وانما قلنا إذا كان تصحيح  
العقد يحصل باعتبار التوزيع وجب المصير إليه وهو ثابت في المسئلة المنروضة ألا ترى إلى ما في  
الايضاح قال الأصل في هذا الباب أن حقيقة البيع إذا اشتملت على إبدال وجب قسمة أحد البديلين  
على الآخر وتظهر الفائدة في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما يجب  
فيه الشفعة فإن كان العقد مما لا ربا فيه فإن كان مما لا يتفاوت فالقسمة على الاجزاء وإن كان مما يتفاوت  
فالقسمة على القيمة وأما فيما فيه الربا فانما يجب القسمة على الوجه الذي يصح به العقد مثاله باع  
عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد فإن الخمسة بالخمسة والآخرى بازا الدينار وكذا



قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار الخ) المسئلة المتقدمة كان البدل ان فيها جنسين من الاموال الربوية وفي هذه  
أحدهما وهي صحيحة كالاول وتكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم لان شرط الصرف التماثل لما روي انما من الحديث المشهور وهو  
موجود ظاهر اذا نظر من حال البائع ارادة هذا النوع من المقابلة جلا على الصلاح وهو الاقدام على العقد الجائز دون الفساد قال (ولو  
تبايعا فضة بفضة الخ) ولو باع عشرة دراهم وشيئا معه بخمسة عشر درهما قاما (٢٧٩) أن يكون بماله قيمة أو لا والاول اما أن

تبلغ قيمته الفضة أو لا فان  
كان بماله القيمة كالترب  
مثلا لا يجوز البيع لان الزيادة  
لم يقابلها عوض فتحقق الربا  
وان كانت قيمته تبلغ الفضة  
كثوب يساوي خمسة جاز  
بلا كراهة وان لم تبلغ فهو  
جائز مع الكراهة ككف  
من زبيب أو جوزة أو بيضة  
والكراهة امالانه احتيال  
لسقوط الربا فيصير كبيع  
العينة في أخذ الزيادة بالحيلة  
وامالانه يفضي الى أن يألف  
الناس فيستعملوا ذلك فيما  
لا يجوز فان قيل فالمسئلة  
المتقدمة مشتملة على  
ما ذكرت ولم تذكر فيها  
الكراهة أجيب بأنه انما  
لم يذكرها لانه وضع المسئلة  
فيما اذا كان الدينار الزائد  
مقابل للدرهم وقيمة الدينار  
تبلغ قيمة الدرهم ولا تزيد  
وعلى هذا يكون الدينار غير  
المصطلح وهو ما تكون قيمته  
عشرة دراهم والحق ان  
السؤال ساقط لان الكراهة  
انما هي للاحتيال لسقوط  
ربا الفضل وهو لا يتحقق في  
المسئلة المتقدمة لان فيها  
الظاهر من حاله ما ارادة

قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جازا البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار  
بدرهم) لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فيبقى الدرهم بالدينار  
وهما احسان ولا يعتبر التساوي فيهما (ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب وأحدهما أقل ومع أقلهما  
شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جازا البيع من غير كراهية وان لم تبلغ فع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالترب  
لا يجوز البيع) لتحقيق الربا بالزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا قال (ومن كان له على آخر عشرة  
دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار نقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز)

لو قابل جنسين بجنسين كما في مسئلة الكتاب انتهى ونظير المسئلة المذكورة المسئلة التي تلي هذه وهي  
(قوله ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جازا البيع) وتكون العشرة بمثلها والدينار  
بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل وهو بذلك فيبقى الدرهم بالدينار وهما احسان ولا يعتبر  
التساوي بينهما ثم فرع المصنف فرعا بين فيه أن بعض هذه البياعات وان كانت جائزة في الحكم فهي  
مكروهة فقال (ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب) يعني وأحدهما أقل من الآخر الا أن مع الأقل شيء  
آخر كفلس أو غيرهما بما يبلغ قيمته قدر الزيادة في البدل الآخر أو أقل بقدر يتغابن فيه فالبيع جائز  
من غير كراهة وان لم يكن فهو جائز مع الكراهة كأن يضع معه كف من زبيب أو فلسين وقيل لمحمد  
كيف تجده في قلبك قال مثل الجبل ولم تروا الكراهة عن أبي حنيفة بل صرح في الايضاح أنه لا بأس  
به عند أبي حنيفة قال وانما كره محمد ذلك لانه اذا جاز على هذا الوجه ألف الناس التفاضل واستعملوه  
فيما لا يجوز وهكذا ذكر في المحيط أيضا وقيل انما كرهه لانهم ما ينشروا الحيلة لسقوط الربا كبيع  
العينة فانه مكروه لهذا وأوردوا لو كان مكروها كان البيع في مسئلة الدرهمين والدينار بدرهم  
ودينارين وهي المسئلة الخلافية مكروها ولم يذكره أجيب بأنه انما لم يذكر الكراهة هناك لانه وضع  
المسئلة فيما اذا كان الزائد دينارا بمقابل للدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم وتزيد وحينئذ لا كراهة  
ولا يحق أن العقد واحد وكما أن قيمة الدينار تبلغ وتزيد على قيمة الدرهم فالدرهم لا تبلغ قيمته قيمة الدينار  
ولا تنقص بقدر يتغابن فيه فالعقد مكروه بالنظر الى الطرف الآخر والذي يقتضيه النظر أن يكون  
مكروها لا لفرق بينهما وبين المسئلة المذكورة في جهة الكراهة وغاية الامر أنه لم ينص هناك على  
الكراهة فيه ثم ذكر أصلا كلياً بنفسه وينبغي أن يكون قول أبي حنيفة أيضا على الكراهة كما هو  
ظاهر اطلاق كلام المصنف من غير ذكر خلاف وأما اذا ضم ما لا قيمة له ككف من ترب لا يصح لانه  
لم يقابل الزيادة مال **فرع** اشترى تربا الفضة بفضة لا يجوز لانه ان لم يظهر في الترب شيء فظاهر  
وان ظهر فهو بيع الفضة بالفضة مجازفة وهذا الواضح بتربا فضة لا يجوز لان البدل من الدراهم  
لا الترب ولو اشترى تربا ذهب أو ذهب حازل عدم لزوم العلم بالمائلة لا اختلاف الجنس فلو ظهر أن  
لا شيء في الترب لا يجوز وكل ما جاز فاشترى الترب بالخيار اذا رأى لانه اشترى ما لم يره (قوله ومن له على آخر  
عشرة فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار) فان كان أضاف الى العشرة الدين جاز

المبادلة بخلاف هذه المسئلة فان اراد بالمبادلة بين حقة من زبيب والفضة الزائدة ليست بظاهرة (قوله ومن كان له على آخر عشرة دراهم الخ)  
مسئلة يتبين بها بيع النقد بالدين وهو على ثلاثة أقسام لانه اما أن يكون سابقا ومقارنا ولاحقا فان كان سابقا وقد أضاف اليه العقد كما اذا  
كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة الذي عليه فانه يجوز بلا خلاف وسقطت العشرة عن ذمة من هو عليه

(قوله وهو لا يتحقق في المسئلة المتقدمة) أقول فيه بحث (قوله وهو على ثلاثة أقسام الخ) أقول ان اعتبر ما أضيف اليه العقد  
فلا أقسام اثنان سابق ومقارن وان اعتبر ما وقع به المقاصة فكذلك سابق ولاحق فلا وجه لجعله ثلاثة

لأنه ملكها بدلا عن الدينار غاية ما في الباب أن هذا عقد صرف وفي الصرف يشترط قبض أحد العوضين احتراماً عن الكالئ بالكالئ ويشترط قبض الآخر احتراماً عن الربا وذلك لأن قبض أحد البدلين حصل الأمن عن خطر الهلاك فلو لم يقبض الآخر كان فيه خطر الهلاك لأن الدين في معنى التأدي فيلزم الربا وهذا معدوم فيما نحن فيه لأن الدينار نقد وبذله وهو العشرة سقط عن بائع الدينار حيث سلمه فلم يبق له خطر الهلاك وحاصله أن تعيين أحد البدلين بعد قبض الآخر للاحتراز عن الربا ولا ريب في دين يسقط وانما هو في دين يقع الخطر في عاقبته وإن كان مقدراً بأن أطلق العقد ولم يصف إلى العشرة التي عليه ودفع الدينار فإما أن يتقابضاً ولا فإن كان الثاني لم تقع المقاصة ما لم يتقابضاً بالاجماع وإن كان الأول جاز ووقعت المقاصة استحساناً والقياس يقتضيه وبه قال زفر رحمه الله لأنه استبدل بدل الصرف وهو لا يجوز كالأخذ بدل الصرف عرضاً ووجه الاستحسان أنه يجب بهذا العقد عن واجب التعيين بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق بقوله عليه الصلاة والسلام يدايد الدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بين العين والدين لأن بدل الصرف واجب التعيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه لكم ما إذا أقدم على المقاصة بتراضيهما لا بدعته من تصحيح ولا صحة له ما عساه عقد الصرف فتجعل المقاصة متضمنة لفسخ الأول والاضافة إلى الدين الذي كان عليه ضرورة أن الأول لا ذلك كان استبدال الأول بالصرف وهو لا يجوز وعلى هذا كان الفسخ ثابتاً بالاقضاء ولهما ذلك لأنهما قد فسخ أصل العقد فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء أصله بالطريق الأولى وهو نظير ما إذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسمائة وفيه بحث من أوجه الأول أن عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت إذا أضيف العقد إلى الدين السابق الثاني أن الثابت بالاقضاء يجب أن يثبت على وجه لا يبطل به المقتضى وإذا ثبت الفسخ المقتضى بطل المقتضى وهو المقاصة لأنه يقتضى (٢٨٠) قيام العشرة الثابتة بالعقد وقد فات بالفسخ الثالث أن العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض

الدينار على البائع يحكم الإقالة لأن لاقالة الصرف حكم الصرف والجواب عن الأول ما أشار إليه المصنف رحمه الله بقوله (وفي الاضافة إلى الدين) يعني المعهود (تقع المقاصة بنفس العقد على ما بينه) وعن الثاني بأن المقاصة تقتضي قيام العقد وهو موجود لانهما لم يطلعا عقد الصرف صار كأنهما عقداً جديداً فصح المقاصة به وعن الثالث بأن الإقالة ضمنية تثبت في

ومعنى المسئلة إذا باع بعشرة مطلقه ووجهه أنه يجب بهذا العقد عن واجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس المبيع لعدم المجانسة فإذا تقاضا يتضمن ذلك فسخ الأول والاضافة إلى الدين الأول لا ذلك يكون استبدال الأول بالصرف وفي الاضافة إلى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما بينه والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما إذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسمائة وزفر بخالفائه لأنه لا يقول بالاقضاء

اتفقا ويجب بهذا العقد عشرة ثم لا يجب تعيينه بالقبض لأن تعيين أحد البدلين في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر دفع الربا بالتساوي وقد اندفع الدين بالدين في هذه الصورة بقبض أحد العوضين وهو الدينار والقبض الذي يحقق منه التعيين في البدل الآخر قد تحقق سابقاً فعند الاضافة إلى ذلك المقبوض يحصل به المقصود من المماثلة بين البدلين وهو كون كل منهما مقبوضاً قبضاً يحصل به التعيين بخلاف ما إذا لم يصف إليه لأن موجب العقد حينئذ عشرة مطلقه لا يلزم أن تكون هذه العشرة الدين ولذا قال زفر رحمه الله فيما إذا باعه المسديون بالعشرة دينار بعشرة وهي مسئلة

ضمن المقاصة جاز أن لا يثبت لمثل هذه الإقالة حكم البيع وزفر رحمه الله حيث لم يقل بالاقضاء لم يوافقهم في المسئلة فتعين له الكتاب وجه القياس فإن قيل لم ترك المصنف رحمه الله الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو ما روى أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم اني أكرى ابلا بالبيع إلى مكة بالدرهم فأخذه كما هم أدانير أو قال بالعكس فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس بذلك إذا اقرقما وليس بينكما عمل فالجواب أنه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة على انها كانا بضيفان العقد إلى الدين الأول أو إلى مطلقه فلم يكن فاطعاً حتى يلتزمه زفر (قوله ويشترط قبض الآخر احترازاً عن الربا وذلك الخ) أقول أشار بقوله ذلك إلى الربا (قوله بأن أطلق العشرة الخ) أقول فإنه إذا أطلق يكون بدل الدينار وهو العشرة دينار في ذمة المشتري مقارناً للعقد فإن الفرض أنه لم يتقبل تقاضاً (قوله ما لم يتقاضاً) أقول هذا زائد (قوله بقوله عليه الصلاة والسلام لا يدايد) أقول الأولى أن يقول لقوله عليه الصلاة والسلام هاهو هاهو فان لفظ الحديث الدال على وجوب قبض العوضين في المجلس في بيع الذهب بالفضة وعكسه على ما رواه المصنف هذا إلا أن يكون من قبيل النقل بالمعنى (قوله فكان لهما تغيير وصف العقد) أقول فيه بحث أن هذا ليس بتغيير وصف قال المصنف (وفي الاضافة إلى الدين تقع المقاصة) أقول فإن اخيلج في بالشيء في صحة المقاصة في هذه الصورة فاعلم أن في الاضافة إلى الدين لا يتعين الدين ولهذا إذا تصادقا أن الدين لا يبطل العقد كما يجب في كتاب الوكالة فكان الاطلاق والتقييد سواء فليتأمل قال المصنف (على ما بينه) أقول قال الاتقاني إشارة إلى قوله فيكن ذلك الجواز انتهى وفيه بحث (قوله فالجواب أنه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة الخ) أقول الاطلاق وتركه التفصيل في موضع يحتاج إليه يمكن أهمية الاستدلال

وان كان لاحقا بأن اشترى دينار بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم ان اشترى الدينار باع ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم أراد أن يتخاضا ففسه روايتان في رواية أبي سليمان وهي التي اختارها غير الاسلام وقال المصنف في أصح الروايتين نفع المقاصة وفي رواية أبي حفص واختارها شمس الأئمة وقاضيان لا تقع المقاصة إلا أن الدين لاحق والنبي صلى الله عليه وسلم حوزا المقاصة في دين سابق بخذت ابن عمر رضي الله عنهما ووجه الاصح ان قصدهما المقاصة يتضمن الانفساخ الأول والاضافة إلى دين قائم وقت تحوّل العقد فيكون الدين حينئذ سابقا على المقاصة هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال الأول وهو ليس بدافع (٣٨١) كما ترى الا اذا أضيف أن القياس يقتضى أن لا تقع المقاصة

بين الدين والعين أصلا لعدم المجانسة الا انه استحسن ذلك بالآثر ويقوى هذا الوجه أن الدين لا يتعين بالتعيين كما تقدم فالملق والمقيد منه سواء وقد وقعت المقاصة اذا أضيف إلى الدين السابق بالاتفاق فكذلك باللاحق بعدم فسخ العقد الأول والا لكان الدين يتعين بالتعيين وذلك خلف أو يقال المراد بعدم المجانسة عدم كونها موجبة عقد واحد فاذا أضيف إلى الدين السابق تجانسها واذا أضيف إلى دين مقارن عدم المجانسة بين العين والدين السابق وانما المجانسة حينئذ بينهما وبين الدين المقارن وهذا أوضح قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهم غلة الخ) الغلة من الدراهم هي المقطعة التي في القطعة منها قيراط أو طسوج أو حبة فريدها بيت المال لا يافتها بل لمكونها قطعاً وأخذها التجار وبيع درهم صحيح ودرهم غلة بدرهمين

وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في أصح الروايتين لتضمنه انفساخ الأول والاضافة إلى دين قائم وقت تحوّل العقد فكفي ذلك للجواز قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهم غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقيق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتمار الجوده قال (واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيه ما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا يبيع بعضها ببعض الا متساوياً في الوزن وكذلك لا يجوز الاستقراض بها الا وزناً) لان النقود لا تتحول عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الامع الغش وقد يكون الغش خفيفاً كما في الردي منه الكتاب ثم نقاصا لا يجوز لان موجب ذلك العقد عشرة مطلقة فلا تصير تلك العشرة المعينة وشحن نقول موجب العقد عشرة مطلقة تصير معينة بالقبض وبالاضافة بعد العقد إلى العشرة الدين صارت كذلك غير أنه بقبض سابق كما ذكرنا ولا يبالى به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة وعلى هذا التقرير لا حاجة إلى اعتبار فسخ العقد الأول بالاضافة إلى العشرة الدين بعد العقد على الاطلاق بخلاف ما لو باع بألف ثم بألف وخمسمائة فان الفسخ لازم لان أحدهما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة مطلقاً هذه العشرة لا يصدق لان الاطلاق ليس قيداً في العقد بل هو الاصل لا يمكن قضاؤها أصلاً اذا لا وجود للطلق بقيد الاطلاق وعلى ذلك مشوا وتقريره أنهم لما سألوا موجب العقد فقد فسخاها إلى عقد آخر اقتضاء والمالم يقل زفر بالانقضاء وإذالم يقل في أعتق عبداً عني بألف أنه يقع عن الامرا اذا أعتقه المالك لم يفسخ فلا يتحول حكمه (وهذا اذا كان الدين سابقاً) على بيع الدينار (قال كان لاحقاً) قبل الافتراق والمسئلة بحالها بان عقد اعلى الدينار بعشرة ثم باع مشتري الدينار من بائعه ثوباً بعشرة ثم قابضه بثمن الدينار عنها ففي رواية لا يصح والاصح أنه يصح لما ذكرنا من حصول المقصود وعلى ما ذكر المصنف من حصول الانفساخ والاضافة إلى الدين بعد تحقيقه وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشتري أو غصب منه فقد صار قصاصاً ولا يحتاج إلى التراضي لانه قد وجد منه القبض (قوله ويجوز بيع درهمين صحيحين ودرهم غلة بدرهمي غلة ودرهم صحيح والغلة ما يرده بيت المال) لا لزوم يافة بل لانها سادراهم مقطعة مكسرة يكون في القطعة ربع وعش وأقل وبيت المال لا يأخذ الا العائلي وانما جاز للمساواة في الوزن والجوده فالهبة ساقطة الاعتبار لان الجوده في الاموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة (قوله واذا كان الغالب الخ) الدراهم والدنانير اما أن يكون الغالب عليهما الذهب والفضة والغش أقل أو الغالب الغش والذهب والفضة أقل أو متساويين فان كان الغالب الذهب في الدنانير والفضة في الدراهم فهي كما لذهب الخالص والفضة الخالصة اعتبار الغالب لانها على ما قيل قبلها تنطبع الا بقليل غش (وقد يكون الغش خفيفاً كما في الردي منه)

صحيحين ودرهم غلة جائز لوجود المقتضى وانتفاء المانع أما الأول فلصدوره عن أهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة وأما الثاني فلا أن المانع أن تصوره ههنا في الجوده وهي ساقطة العبارة عند المقابلة بالجنس قال (وان كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم الخ) الاصل ان النقود لا تتحول عن قليل غش خفيفة أو عادة فالأول كافي الردي والثاني ما يحلظ لا تنطبع قائم ابديته تتقن فاذا كان كذلك يعتبر الغالب لأثر المغلوب في مقابلة الغالب كالمثل فاذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا في حكم الفضة والذهب يعتبر فيه ما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد فلا يجوز بيع الخالص بها ولا يبيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها الا متساوياً في الوزن

(قوله ويقوى هذا الوجه) أقول أي وجهه الاصح

(وان كان الغالب عليهما الغش فليس في حكم الدراهم والدنانير) فان اشترى بها انسان فضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة أو أقل أو لا يدري فالببيع فاسد وان كانت أكثر من وضع وهي الوجوه المذكورة في حلية السيف (وان بيعت بجنسهما متفاضلا جاز صرف الجنس (٣٨٣) الى خلاف الجنس وهي في حكم فضة وصفر) (قوله ولكنه صرف) جواب عما يقال

اذا صرف الجنس الى خلاف الجنس فلا يكون صرفا فلا يبيى التفاضل شرطا ووجه ذلك ان صرف الجنس الى خلاف جنسه ضرورة صحة العقد والالتزام بالضرورة لا يتعدى فبقى العقد فيما وراء ذلك صرفا واشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذ شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بصغر قال رضى الله عنه ومشايجنا رجهم الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدلى والفقهاء لانهم اعز الاموال في ديارنا فلو ابيع التفاضل فيه يفتخ باب الربا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بهما فكل واحد منهما لان المعبر هو المعتاد فيهما اذ لم يكن فيهما نص ثم هي مادامت تروج تكون أمانا لا تتعين بالتعيين

الذي يقال له ناقص العيار في عرفنا والرداءة منه مدة شرعا عند المقابلة بالحيد فكذلك الغش المغلوب الخادله بها واذ كانا كالتالخين فلا يجوز بيعهما ما بالخالص من الذهب والفضة المتساويين في الوزن وكذا لا يجوز استقراضها بالاوزن كاستقراض الذهب والفضة الخالصة (وان كان الغالب فيهما الغش فليس في حكم الدراهم والدنانير) الخالصة (اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف) وهي انه ان كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التي في الدراهم أو أقل أو لا يدري لا يصح في الفضة ولا في النحاس أيضا اذا كان لا تخصص الفضة الا بصغر. وان كانت الخالصة أكثر من في الدراهم جاز ليكون ما في الدراهم من الفضة بمنتهى الخالصة والزائد من الخالصة بمقابلة الغش (وكذا يجوز بيعها بجنسهما متفاضلا صرفا للجنس الى خلاف الجنس) أي بصرف كل من الدراهم الى غش الدراهم الاخرى (لانها في حكم شيئين فضة و) غش (صفر) أو غيره (ولكنه) مع هذا (صرف حتى يشترط القبض) قبل الافتراق ويجوز المصنف (بالمجلس) عنه (لوجود الفضة من الجانبين واذ شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بصغر) ولا يخفى أن هذا لا يأتى في كل دراهم غالبية الغش بل اذا كانت الفضة المغلوبة بحيث تختص من النحاس اذا أريد ذلك فأما اذا كانت بحيث لا تختص لقلتها بل تحترق لا عبرة بها أصلا بل تكون كالموهة لا تعتبر ولا يراعى فيها شرائط الصرف وانما هو كاللون وقد كان في أوائل قرن سبعمائة في فضة دمشق قريب من ذلك قال المصنف رحمه الله (و) مع هذا (مشايجنا) يعنى مشايخ ما وراء النهر من بخارى وسمرقند (لم يفتوا بجواز ذلك) أي بيعها بجنسهما متفاضلا (في العدلى والفقهاء) مع أن الغش فيها أكثر من الفضة (لانها أعز الاموال في ديارنا فلو ابيع فيها يفتخ باب الربا) الصريح فان الناس حينئذ يعتادون التفاضل في الاموال النفيسة فيندرجون الى ذلك في النقود الخالصة فنع ذلك حتم المدة الفساد والفساد في الدراهم منسوبة الى غطر يف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد وقيل هو خال الرشيد (ثم ان كانت) هذه الدراهم التي غلب غشها (تروج بالوزن فالبيع بها والاستقراض بالوزن وان كانت انما تروج بالعد فالبيع بها والاستقراض بها) ليس غير (وان كانت تروج بهما فكل واحد منهما لان المعبر هو المعتاد فيهما اذ لم يكن نص) على ما عرف في الربا (ومادامت تروج فهي أمان لا تتعين بالتعيين) ولو هلكت قبل القبض لا يبطل العقد

اذا صرف الجنس الى خلاف الجنس فلا يكون صرفا فلا يبيى التفاضل شرطا ووجه ذلك ان صرف الجنس الى خلاف جنسه ضرورة صحة العقد والالتزام بالضرورة لا يتعدى فبقى العقد فيما وراء ذلك صرفا واشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذ شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بصغر قال رضى الله عنه ومشايجنا رجهم الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدلى والفقهاء لانهم اعز الاموال في ديارنا فلو ابيع التفاضل فيه يفتخ باب الربا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بهما فكل واحد منهما لان المعبر هو المعتاد فيهما اذ لم يكن فيهما نص ثم هي مادامت تروج تكون أمانا لا تتعين بالتعيين

فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فهم ما فيها بالعد وان كانت تروج بهما فكل واحد منهما حيث لم يكن منصوفا عليها ثم هي مادامت تروج تكون أمانا لا تتعين بالتعيين) فان هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله (قوله وهذا يشير الى أن الاستهلاك انما يتحقق عند عدم التمييز) أقول بحقيقته في النهاية ثم أقول وجه الإشارة لا يخلو عن خفاء ثم قوله الى أن الاستهلاك أي استهلاك المغلوب من الفضة والصفر

(وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين) كالرصاص والسقوة ويطل العقد به لا كوا قبل التسليم إذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم وأن لم يعلم أو لم يعلم أحدهما أو علموا ولكن لم يعلم كل منهما أن صاحبه يعلم فإن البيع يتعلق بالدراهم التي في ذلك البلد الذي علمه البائع الناس دون المشار إليه (وإن كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كزئوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زئوفاً لأن علم البائع خاصة لا يرضى بجنس الزئوف وإن لم يعلم تعلق العقد بجنسها من الجهاد لعدم الرضا منه بالزئوف وإذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل النقد فترك الناس المعاملة (٣٨٣) بها بطل العقد عند أبي حنيفة

وقال أبو يوسف ومحمد لم يبطل وعليه قيمته لكن عند أبي يوسف قيمته يوم البيع وعند محمد آخر ما تعامل الناس بها والمصنف فسر الكساد بترك الناس للمعاملة بها ولم يذكر أنه في كل البلاد أو في البلد الذي وقع فيه العقد ونقل عن عيون

وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وإذا كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كزئوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زئوفاً إن كان البائع يعلم بجمالها لتحقيق الرضا منه و بجنسها من الجهاد إن كان لا يعلم لعدم الرضا منه (وإذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة) وقال أبو يوسف رحمه الله عليه قيمته يوم البيع وقال محمد رحمه الله قيمتها آخر ما تعامل الناس بها) إلهامان العقد قد صح إلا أنه تعذر التسليم بالكساد وأنه لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب فانقطع أو أنه وإذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند أبي يوسف رحمه الله وقت البيع لأنه مضمون به وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لأنه أو أن الانتقال إلى القيمة ولا يوجب حنيفة رحمه الله أن الثمن يملك بالكساد لأن القيمة بالأصطلاح وما بقي

المسائل أن عدم الرواج انما يوجب فساد البيع إذا كان لا يروج في جميع البلدان لأنه حينئذ يصيرها كالزئوف ويبقى البيع بلاغن وأما إذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لأنه لم يملك لكنه يعيب فمكان البائع الخيارات شاء قال أعط مثل النقد الذي وقع عليه البيع وإن شاء أخذ قيمة ذلك ذاتاً غير قاراً وما ذكر في العيون يستقيم على قول محمد وأما على قولهما فلا يستقيم وينبغي أن يكتب في الكساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلاس بالفلسين

(وإن كانت غير راجحة فهي سلعة تتعين بالتعيين) ويطل العقد به لا كوا قبل التسليم وهذا إذا كان يعلم بجمالها ويعلم كل من المتعاقدين أن الآخر يعلم فإن كان لا يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فإن البيع يتعلق بالدراهم التي في ذلك البلد لا المشار إليه من هذه الدراهم التي لا تروج وإن كان يقبلها البعض ويردها البعض فهي في حكم الزئوف والنهر رجة قيمته لم يبيع بجنسها لا بعينها كما هو في الرأجة لكن يشترط أن يعلم البائع خاصة ذلك من آخرها لأنه رضى بذلك وأدرج نفسه في البعض الذي يقبلونها به وإن كان البائع لا يعلم تعلق العقد على الأروج فإن استوت في الرواج جرى التفصيل الذي أسلفناه في أول كتاب البيع وتعين المصنف الجهاد تساهل (و) من أحكام هذه الدراهم التي غلب غشها أنه (لو اشترى سلعة بها فكسدت) أي قبل قبضها (بطل البيع عند أبي حنيفة) فإن كان المبيع قائماً مقبوضاً رده وإن كان مستهلكاً أو هالكاً رجعت المائع عليه بقيمته إن كان قيمياً ومثله إن كان مثلياً وإن لم يكن مقبوضاً فلا حكم لهذا البيع أصلاً وقال أبو يوسف ومحمد والساقف وأجد لا يبطل ثم اختلفوا (فقال أبو يوسف عليه قيمتها يوم البيع) قال في الذخيرة وعليه الفتوى (لأنه مضمون به) أي بالبيع وهو نظير قوله في المخصوص إذا هلك أن عليه قيمته يوم الغصب لأنه يوم تحقق السبب (وقال محمد عليه آخر ما تعامل الناس بها) وهو يوم الانقطاع (لأنه أو أن الانتقال إلى القيمة) وفي المحيط والتممة والحقائق به ينبغي وفقاً بالناس (لهما أن البيع قد صح) بالاجماع (الأنه تعذر التسليم) أي تسليم الثمن لانعدام الثمنية (بالكساد) والضمير ضمير الشأن (وأنه) أي الكساد (لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب) شيئاً (فانقطع) في (أو أنه) بأن لا يوجد في الأسواق لا يبطل اتفاقاً ويجب القيمة أو ينتظر زمان الرطب في السنة الثانية فكذا هنا (ولا يوجب حنيفة أن الثمن يملك بالكساد) لأن مالبة الفلوس والدراهم الغالبة الغش (بالاصطلاح) لا بالخلق (وما بقي) الاصطلاح بل انتفى فانتفت الثمنية

عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بهض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكل فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضاً (لهما أن العقد قد صح) لوجود ركنه في محله من غير مانع شرعي (الأنه تعذر التسليم بالكساد وذلك لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب فانقطع وإذا بقي العقد قال أبو يوسف وجب القيمة يوم البيع لأنه مضمون بالبيع وقال محمد قيمته يوم الانقطاع أي الكساد لأنه انتقل الحق منه إلى القيمة في ذلك اليوم ولا يوجب حنيفة أن الثمن يملك بالكساد لأن الدراهم التي غلب غشها انما جعلت ثمناً بالاصطلاح فإذا ترك الناس المعاملة بها بطل وإذا بطل الثمنية

(قوله يستقيم على قول محمد) أقول محمد لا يقول بأن الكساد يوجب الفساد فكيف يستقيم ذلك على قوله فليست أملي



يقرب بها بلائع (وهو باطل) لا يقال العقد تناول عينه اذ هو باق بعد الكساد وهو متدور التسليم لاننا نقول ان العقد تناولها بصفة الثمنية لانها مادامت رابحة فهي تثبت ديناً في الثمن وبالكساد ينعدم منها اصفة الثمنية وصفة الثمنية في الفلوس والدراهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الاعيان ولوانعدمت المالية بمالك المبيع قبل القبض او بخرم العصور فسد البيع فكذا هذا والجواب عن الرطب ان الرطب مرجو الخصول (٣٨٤) في العام الثاني غالباً فلم يكن حاله كامن كل وجه فلم يبطل لكنه يخبر بين الفسخ

والصبر الى ان يتحصل أما الكساد في الدراهم المغشوشة التي غلب عليها غشها فلهذا لا تثبت ديناً على وجه لا يرجي الوصول الى تثبتها في ثاني الحال لان الكساد اصيل والشيء اذا رجع الى أصله فلما ينقلب عنه واذا بطل البيع فان لم يكن المبيع مقبوضاً لا يحكم لهذا البيع أصلاً وان كان مقبوضاً فان كان قائماً وجب رده بعينه وان كان حالاً أو مستهلكاً فان كان مثلياً وجب رده مثله وان كان قيمياً وجب رد قيمته كافي البيع الفاسد هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع عن أيدي الناس كذلك واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله وعند محمد يوم الانقطاع وان كان صدر البحث بالكساد وأما اذا غلبت بأزيد القمصة أو نقصت القيمة بالرخص فلا معتبر بذلك فالبيع على حاله ويطلب به بالدرهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع قال (ويجوز البيع بالفلوس الخ) البيع بالفلوس جائز لانه مال معلوم أي معلوم قدره ووصفه وانما قال كذلك إشارة الى وجوب بيان المقدار والوصف أو الإشارة اليه ثم انه ما أن تكون نافقة أو كاسدة حالة العقد فان كان الاول جاز البيع وان لم تعين لانها ائتمان بالاصطلاح فالمشتري به لا يجبر على دفع ما عين بل هو مخير بين دفع ذلك ودفع مثله وان ملك ذلك لم ينفسخ العقد وان كان الثاني فلا بد لجواز البيع به من التعيين لانها اسلم

(فبقى بيع بلائع) بخلاف التقدين فان ماليتهما بالملقة لا بالاصطلاح كالمالية العبد لما كانت بالحياة ذهبت بذهاب الحياة لا يقال فلتنصير مبيعة اذا انتفت غنيتها لاننا نقول تنصير مبيعة في الذمة والمبيع في الذمة لا يجوز لافي السلم واعتراض في بعض الخواشي بأن انتفاء غنيتها يوجب أنه يصير بيع مقايضة فلا يستلزم كونه ديناً ولا يبطل بعدم القبض قبل الافتراق على ما قدمنا من ثبوت التعيين في البدلين بمجرد العقد فلا يلزم الافتراق عن دين يدين إلا أن الجيب نظر الى أن صورة المسئلة انه باع بدينارهم كذا وكذا غلب غشها وهذا لا يوجب أنه يصير بيع مقايضة اذا كسدت قبل القبض وليس في صورة المسئلة أخضر الدراهم وأشار اليه ابعيناه بل باعهم اعلى غط ما يباع بالائتمان وهذا لان الفرض أن البيع وقع حال رواجها ائتماناً وانما كسدت بعده قبل القبض فلم ينتبه هذا المعترض لصورة المسئلة فلم يثبت لزوم كونه بيعاً بلائع ثم شرط في العيون أن يكون النكاد في سائر البلاد ولو كسدت في بعض البلاد دون البعض لا يبطل عند أي حنيفة لانهم لم يمتدوا لاصير البيع بلائع ولكن تعينت فيكون البائع بالخيار ان شاء أخذ مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء أخذ قيمته دنائره قالوا وماذا كرفي العيون على قول محمد وأما على قولهم ما فلا ينبغي أن يفتى البيع بالكساد في تلك البلدة التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع الفلوس بالفلوس عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكل فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضاً وماذا كره في الكساد مثله في الانقطاع والفلوس المافقة اذا كسدت كذلك هذا اذا كسدت أو انقطعت فلزم كسده ولم تنقطع ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولا يخير البائع وعكسه لو غلبت قيمتها وزادت فالبيع على حاله ولا يخير المشتري ويطلب بالنقد بذلك العيار الذي كان وقت البيع والجواب عن الرطب ان الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالباً فكان له مظنة يغلب ظن وجوده عندنا بخلاف الكساد فانه ليس له مظنة محقة الوجود في زمن خاص يرجح فيها بل الظاهر عدم العود لان الاصل في غالبية الغش الكساد وعدم الثمنية والشيء اذا رجع الى أصله فلما ينقلب عنه وفي الخلاصة عن المحيط دلالة باع متاع الغير بغير اذنه بدينارهم مملومة واستوفاهما فكسدت قبل أن يدفعها الى صاحب المتاع لا يفسد البيع لان حق القبض له (قوله ويجوز البيع بالفلوس) لانها انواع من انواع المال (فان كانت نافقة جاز البيع وان لم تعين) بل لو عينت لاتعين وللعاقدين يدفع غير ما عين (لانها) حيثئذ (ائتمان) كالدراهم حتى لو هلك قبل القبض لا ينفسخ العقد ويجوز ولو استبدل به اجاز ولو باع فلانها بفسد يبيح على ما سلف في باب الرابح ولو باع فلانها بغير عينه بقلدين باع ايمانهم لا يجوز لان الفلوس الرابحة أمثال متساوية وضعها لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة فيكون ربا وان كانت كاسدة فهي مبيعة لا يصح العقد عليها لم تعين

والصبر الى ان يتحصل أما الكساد في الدراهم المغشوشة التي غلب عليها غشها فلهذا لا تثبت ديناً على وجه لا يرجي الوصول الى تثبتها في ثاني الحال لان الكساد اصيل والشيء اذا رجع الى أصله فلما ينقلب عنه واذا بطل البيع فان لم يكن المبيع مقبوضاً لا يحكم لهذا البيع أصلاً وان كان مقبوضاً فان كان قائماً وجب رده بعينه وان كان حالاً أو مستهلكاً فان كان مثلياً وجب رده مثله وان كان قيمياً وجب رد قيمته كافي البيع الفاسد هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع عن أيدي الناس كذلك واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله وعند محمد يوم الانقطاع وان كان صدر البحث بالكساد وأما اذا غلبت بأزيد القمصة أو نقصت القيمة بالرخص فلا معتبر بذلك فالبيع على حاله ويطلب به بالدرهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع قال (ويجوز البيع بالفلوس الخ) البيع بالفلوس جائز لانه مال معلوم أي معلوم قدره ووصفه وانما قال كذلك إشارة الى وجوب بيان المقدار والوصف أو الإشارة اليه ثم انه ما أن تكون نافقة أو كاسدة حالة العقد فان كان الاول جاز البيع وان لم تعين لانها ائتمان بالاصطلاح فالمشتري به لا يجبر على دفع ما عين بل هو مخير بين دفع ذلك ودفع مثله وان ملك ذلك لم ينفسخ العقد وان كان الثاني فلا بد لجواز البيع به من التعيين لانها اسلم

ووصفه وانما قال كذلك إشارة الى وجوب بيان المقدار والوصف أو الإشارة اليه ثم انه ما أن تكون نافقة أو كاسدة حالة العقد فان كان الاول جاز البيع وان لم تعين لانها ائتمان بالاصطلاح فالمشتري به لا يجبر على دفع ما عين بل هو مخير بين دفع ذلك ودفع مثله وان ملك ذلك لم ينفسخ العقد وان كان الثاني فلا بد لجواز البيع به من التعيين لانها اسلم (قوله لاننا نقول الى قوله فكذا هذا) أقول ولا بد من التأمل في الفرق بين تخمير العصور وانقطاع الرطب حيث يفسد البيع في الاول دون الثاني مع ان كليهما مرجو الوصول الى العام الثاني

واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذي بيناه في كساد الدراهم المغشوشة قبل نقدها عند أي خفيفة بطل البيع خلافا لما قال الشارحون هذا الذي ذكره القدوري من الاختلاف بخلاف ما في المبسوط والاسرار وشرح الطحاوي حيث ذكر سلطان البيع عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف بين أصحابنا الا انه قد ذكر وانقل الكتب المذكورة وليس فيه سوى أن يكون عن بيان الاختلاف الا ما نقل عن الاسرار وهو ما قيل فيه (٣٨٥) اذا اشترى شيئا بفلوس في الذمة فكسدت

قبيل القبض بطل الشراء عندنا وقال زفر لا يبطل لانه ليس تحت الكساد الا العجز عن تسليمه والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم البديل كما لو ابقى العبد وكما لو سلم في الرطب فانقطع أو انه وهذا بظاهر قوله عندنا وان دل على الاتفاق لكن الدليل المذكور لفرجه الله عنه لان دليلهما في كساد الدراهم المغشوشة حيث قال الكساد لا يوجب الفساد فجعله مفسداً اعني يفضي الى التحكم الا اذا ظهر معنى فقهي يعتمد عليه في الفرق بينهم ما ولم أظفر بذلك قال رحمه الله (ولو استقرض فلوسا فكسدت) اذا استقرض فلوسا فكسدت يجب عليه رد مثلها عند أي خفيفة رجه الله (لانه) أي استقرض المثل (اعارة) كما ان اعارة قرض (وموجب استقرض المثل

(واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أي خفيفة رجه الله خلافاً لما) وهو نظير الذي بيناه (ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند أي خفيفة رجه الله يجب عليه مثلها) لانه اعارة وموجه

(واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت قبيل القبض بطل البيع عند أي خفيفة خلافاً لما) وهو نظير الاختلاف الذي بيناه (أي في الدراهم الغالبة الغش يبطل البيع عنده لا عندها ثم يجب قيمته يوم البيع عند أي يوسف وعند محمد يوم الانقطاع هكذا ذكر القدوري الخلاف والذي في الاصل وشرح الطحاوي والاسرار البطالان من غير ذكر خلاف سوى خلاف زفر رحمه الله استدل بما تقدم من انقطاع الرطب المشتري به وابق العبد المبيع قبل التسليم وتخمين العبر المشتري قبل التسليم لا يبطل العقد فيه وأوجب بما تقدم في الرطب وأما العبد فإيمته لم تبطل بالابق بل هو مال باق حيث هو وانما عارض العجز عن التسليم وكذا بالخمر لم يزل عن ملك المالك بل عجز عن تسليمه شرعاً بخلاف الكساد لهلاك الثمن به الآن الذي يقتضيه النظر بقوت الخلاف كما ذكر القدوري اذ لا فرق بين كساد المغشوشة وكساد الفلوس اذ كل منهما ماسلعة بحسب الاصل عن الاصطلاح فان غالبية الغش الحكم فيه الغالب وهو النحاس مثلاً فلو لم ينص على الخلاف في الفلوس وجب الحكم به وفي شرح الطحاوي لو اشترى مائة فلوس بدرهم وقبض الفلوس أو الدرهم ثم اقر فجاز المبيع لانها ما اقر فاعن عين يدين وقد قدمناه فان كسدت الفلوس بعد ذلك فانه يتظر ان كان الفلوس هو المقبوض لا يبطل البيع لان كسادها كهلاكها وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع وان كان الفلوس غير مقبوض بطل البيع استحساناً لان كساد الفلوس كهلاكها وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد والقياس أن لا يبطل لانه قادر على أداء ما وقع العقد عليه وقال بعض مشايخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشتري ابطاله فسخاً لان كسادها كعيب في المعقود عليه اذا حدث به عيب قبل القبض ثبت للمشتري فيه الخمار والاول أظهر ولو نقد الدرهم وقبض نصف الفلوس ثم كسدت الفلوس قبل أن يقبض النصف الآخر بطل البيع في نصفها وله أن يسترد نصف الدرهم وعلى هذا لو اشترى فاكهة أو شيئاً بعينه بفلوس ثم كسدت وقد قبض المبيع فسد البيع وعليه أن يرد المبيع ان كان قائماً أو القيمة أو مثله وهذا معلوم مما ذكرنا الا أن أبا يوسف قال في هذا ان عليه قيمة الفلوس ولا يفسد المبيع وفرق بين هذا وبين المسئلة الاولى وهي ما اذا باع الفلوس بدرهم لان هلاكه لو أوجبنا رد قيمة الفلوس يتمكن فيه الربا وههنا لا يتمكن وفي المسئلةين جميعاً اذا لم تكسد الفلوس غير أن قيمته أغلت أو رخصت لا يبطل البيع وعليه أن يدفع العدد الذي عينه منها (قوله ولو استقرض فلوسا فكسدت عند أي خفيفة رجه الله رد مثلها) عدداً اتفقت الروايات عنه بذلك وأما اذا استقرض دراهم غالبية الغش فقال أبو يوسف في قياس قول أبي خفيفة عليه مثلها ولسن أدري ذلك عنه ولكن لرواية في الفلوس اذا أقرضها ثم كسدت وقال أبو يوسف عليه قيمته من الذهب يوم القرض في الفلوس والدرهم وقال محمد عليه قيمته في آخر وقت نفاقها ووجه قوله (انه) أي القرض (اعارة وموجه) أي موجب

قال المصنف (لانه اعارة) أقول الظاهر أن يقال لانه استعارة (قوله لانه أي استقرض المثل) أقول والاولى عندى ارجاع

(٤٩ - فتح القدير خامس) الضمير الى الاستقرض مطلقاً فانه اعارة على ما سبق قبيل باب الربا وأولى استقرض الفلوس (قوله اعارة كما ان اعارة قرض) أقول قوله اعارة يعني ابتداء كما سيحى عتقصيل هذا البحث في العارية (قوله وموجب استقرض المثل الخ) أقول وعندى ان ما ذكره المصنف قياس من الشكل الاول تقريره لان استقرض اعارة لا يمكن الاتقاع به الا باهلاكه عنه وكل اعارة كذلك موجباً رد العين معنى فهذا كذا الا أنه لم يصرح بهذا القيد في الصغرى اعتماداً على فهم الناظرين أما ما ذكره الشارح فلا يخفى عليك ما فيه من سوء الارتباط

رد عينه معنى) وبالنظر الى كونه عار به يجب رد عينه حقيقة لكن لما كان قرضا والانتفاع به انما يكون بانلاف عينه فأت رد عينه حقيقة فيجب رد عينه معنى وهو المثل ويجعل معنى العين حقيقة لانه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بنفسه نسبية وهو لا يجوز فان قيل كيف يكون المثل على معنى العين وقد فات وصف الثنية وانما كان معنى العين أن لرد مثله حال كونه نافقا. أجاب المصنف رحمه الله ( بأن الثنية فضل فيه ) أى فى القرض اذا القرض لا يختص به أى بمعنى الثنية ومعناه ان الثنية ليست عن القرض وهو ظاهر ولا لازم ان لزامه بخلاف ان ينقل القرض عن الثنية ويجعل الاستقراض عن حيث كونه من ذوات الامثال ألا ترى أن الاستقراض جائز في كل مكبل وموزون أو عددى متقارب وبالكساد لم يخرج عن كونه من ذوات الامثال بخلاف البيع لان دخولها فى العقد فيه بصفة الثنية وقد فات ذلك بالكساد وتحققه ان المثل المجرد عن الثنية أقرب الى العين من القيمة فلا يصار اليها مادام ممكنا (وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثنية تعذر ردّها (٣٨٦) كما قبض) وليس المثل المجرد عنه فى معناها (فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا

رد العين معنى والثنية فضل فيه اذا القرض لا يختص به وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثنية تعذر ردّها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند أبي يوسف رحمه الله يوم القبض وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل وأصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رحمه الله أنظر للجانبين وقول أبي يوسف أيسر قال (ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس) وكذا اذا قال بداني فلوس أو بغيرا فلوس جاز

فانقطع لكن عند أبي يوسف يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل وأصل الاختلاف (يعنى بين أبي يوسف ومحمد رحمه الله) فيمن غصب مثليا فانقطع فعند أبي يوسف يجب القيمة يوم الغصب وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع وسيجي (وقول محمد رحمه الله أنظر) للقرض والاستقراض لان على قول أبي حنيفة رحمه الله يجب رد المثل وهو كساد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول أبي يوسف يجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمة يوم القبض أكثر من قيمة يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد أنظر للجانبين (وقول أبي يوسف أيسر) لان قيمته يوم القبض معلومة للمقرض

عقد الاعارة (رد العين) اذ لو كان استبداد الحقيقة موجبا رد المثل استلزم الر بالانسيبة فكان موجبا رد العين الآن ما تضمنه هذا العقد لما كان عليك المنفعة بالاستملاك لا مع بقاء العين لزم تضمنه لتلك العين فبالضرورة اكتبى رد العين معنى وذلك رد المثل واذا يجبر المصوب منه على قبول المثل اذا أتى به الغاصب فى غصب المثل بالانقطاع مع أن موجب الغصب رد العين وذلك حاصل بالكساد (والثنية فضل فى القرض) غير لازم فيه ولذا يجوز استقرضاها بعد الكساد وكذا يجوز استقراض كل مثلي وعددى متقارب ولا ثنية (ولهما انهما لما بطل وصف الثنية تعذر ردّها كما قبضها فيجب رد قيمتها) وهذا لان القرض وان لم يقتض وصف الثنية لا يقتضى سقوط اعتبارها اذا كان المقبوض قرضا موصوفا به لان الاوصاف معتبرة فى الديون لانها تعرف بها بخلاف الاعيان المشار اليها ووصفها لغولانها تعرف بذواتها وتأخير دليلها ما يجب عادة المصنف ظاهرا فى اختياره قولا (ثم أصل الاختلاف) فى وقت الضمان اختلافهما (فمن غصب مثليا فانقطع وجبت القيمة عند أبي يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم القضاء) وقولهما انظر للقرض من قول أبي حنيفة لان فى رد المثل اضرا ربه ثم قول أبي يوسف أنظر له أيضا من قول محمد لان قيمته يوم القرض أكثر من قيمته يوم الانقطاع (فكان قول محمد أنظر) للاستقرض من قول أبي يوسف (وقول أبي يوسف أيسر) لان القيمة يوم القبض معلومة ظاهرة لا يختلف فيها بخلاف ضبط وقت الانقطاع فانه عسر فكان قول أبي يوسف أيسر فى ذلك (قوله ومن اشترى شيئا بنصف درهم) فأكهة أو غيرها بأن قال مثلا لبائع سلة اشترى بتم امنك بنصف درهم فلوس فقال بعنك (انعقد موجبا لدفع ما يباع من الفلوس بنصف درهم فضة) وكذا اذا قال بداني من الفلوس وهو

والمستقرض وسائر الناس وقيمة يوم الانقطاع أشبهه على الناس ويختلفون فيها فكان سدس قوله أيسر قال (ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز الخ) رجل قال اشترى هذا بنصف درهم فلوس يعنى ان ذلك النصف من الدراهم فلوس لانه لا تفرق وذلك معلوم عند الناس وقت العقد جاز ويجب عليه الوفاء بذلك القدر من الفلوس وكذا اذا قال بداني فلوس وهو سدس الدرهم جاز أو بغيرا فلوس

قال المصنف (وقول محمد أنظر) أقول قال الكافي وفى بعض النسخ أنظر للجانبين اه والظاهر أن كونه أنظر لجانب المقرض بالنسبة الى قول أبي يوسف (قوله وهو ضرر بالمستقرض) أقول يعنى وجوب القيمة يوم القبض ضرر بالمستقرض فيه شئ ويجوز أن يقال هو ضرر على بعض التقادير وهو أن لا ينتفع بها حين كان قيمته مثل قيمة يوم القبض ثم قوله وهو ضرر رأى وجوب القيمة يوم القبض ضرر (قوله بنصف درهم فلوس) أقول قوله فلوس صفقة نصف درهم أو بدل (قوله أو بغيرا فلوس) أقول وهو نصف السدس

وقال زفر لا يجوز لأنه اشترى بالفلوس وهي مغدودة ونصف درهم ودائق وقيراط منه موزونة وذكرها لا يغني عن بيان العدد فبقى الثمن مجهول وهو مانع عن الجواز وقلنا فرض المسئلة قيمة إذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوما من حيث العدد فكان مغنيا عن ذكر العدد وإذا زاد على الدرهم جوزه أبو يوسف بناء على كونه معلوما وفصل محمد رحمه الله بين ما دون الدرهم وما فوقه فجوز فيما دون الدرهم خاصة لأن في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فكان (٣٨٧) معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم

قالوا والاصح قول أبي يوسف لا سيما في دينارنا على عدم المنازعة لكونه معلوما ولا اشتراك العرف قال رحمه الله (ومن أعطى صير فيا درهم الخ) هذه ثلاث مسائل الأولى أن يعطى درهم كبير ويقول أعطى بنصفه فلوسا بنصفه نصفاً لا يجوز (وعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل) لأن الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء

سلس درهم (أو بقيراط) وهو نصف السدس (وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لأنه اشترى بالفلوس وهي تقدر بالعدد لا بالدائق والدرهم فلا بد من بيان عددها) والافانين مجهول ولأن العقد وقع على الدائق والدرهم ثم شرط إيفاءه من الفلوس وهو صفقة في صفقة فان المعنى أنه شرط أن يعطى بنصف الدرهم الذي هو الفلوس وهو أن يبيعه بالدائق فلوسا ونحن نقول ان ما يباع بالدائق وما ذكرنا من الفلوس معلوم وهو المراد بقوله بنصف درهم فلوس لأنه لما ذكر نصف الدرهم ثم وصفه بأنه فلوس وهو لا يمكن عرف أن المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس فأغنى عن ذكر العقد بخصوصه وإذا صار كناية عما يباع بنصف ورابع درهم لم يلزم جهالة الثمن ولا صفقة في صفقة لأن الثمن حينئذ من الابتداء ما يباع من الفلوس بنصف درهم (ولو قال بدرهم فلوس أو درهمين فكذا عند أبي يوسف وعند محمد لا يجوز إلا فيما دون الدرهم لأن المبايعة في العادة في الفلوس فيما دون الدرهم فيصير معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبي يوسف أصح ولا سيما في دينارنا) أي المئذني التي وراء النهر فإنهم يشترون الفلوس بالدرهم ولأن المئذني هو العلم بما يباع بالدرهم من الفلوس مع وجوب الحل عليه تصحها للعلم بأنه المراد ولا فرق في ذلك بين ما دون الدرهم والدرهم فضلا عن الدرهم ولم يذكر في الميسر خلاف محمد والمذكور من خلافه خلاف ظاهر الرواية عنه وفي بعض النسخ سيما بغيره لا وهو استعمال لم يثبت في كلام من يحتج بكلامه في اللغة وفي بعضها على الصواب (قولهم ومن أعطى صير فيا درهم ما فقال أعطى بنصفه) أو ربعة أو قيراط منه (فلوسا بنصفه نصفاً لا يجوز) وعلى وزانه أن يقول وبثلاثة أرباع درهم الاحبة وقس الباقي (جازا البيع في الفلوس وبطل فيما بقي) من النصف الآخر أو الثلاثة الأرباع وباقي الصور (لأن بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز ببيع نصف درهم بنصف) درهم (الاحبة رباناً لا يجوز) على قياس قول أبي حنيفة بطل في الكل لأن الصفقة متحدة والفساد قوي (مقارن العـ قد فيشيع وقد مر نظيره) يعني في باب البيع الفاسد في مسألة الجمع بين العبد والجزأ الم يفصل الثمن يشيع الفساد اتفاقا وإذا فصل لا يشيع عندهما وعنده يشيع (فلو كرر لفظ الاعطاء) بأن قال

قال يعني بنصف هذا ألف عبداً بنصف هذا مائة من الخمر فإن البيع في العبد صحيح وفي الخمر فاسد ولم يشع الفساد لفرقة الصفقة وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندي والفقهاء المظفر بن الميمان والشيخ الإمام شيخ الإسلام أن العقد لا يصح ههنا أيضاً وإن كرر لفظ الاعطاء (قوله وإذا زاد على الدرهم) أقول الاظهر أن يقال على ما دون الدرهم (قوله وفصل محمد رحمه الله) أقول في غير ظاهر الرواية عنه (قوله كلاً قال يعني بنصف هذه الألف عبداً بنصف هذا مائة من الخمر) أقول الظاهر أن يقال يعني بنصف هذا ألف عبداً يعني بنصف هذا مائة من الخمر بتكرير لفظ يعني

قال يعني بنصف هذا ألف عبداً بنصف هذا مائة من الخمر فإن البيع في العبد صحيح وفي الخمر فاسد ولم يشع الفساد لفرقة الصفقة وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندي والفقهاء المظفر بن الميمان والشيخ الإمام شيخ الإسلام أن العقد لا يصح ههنا أيضاً وإن كرر لفظ الاعطاء (قوله وإذا زاد على الدرهم) أقول الاظهر أن يقال على ما دون الدرهم (قوله وفصل محمد رحمه الله) أقول في غير ظاهر الرواية عنه (قوله كلاً قال يعني بنصف هذه الألف عبداً بنصف هذا مائة من الخمر) أقول الظاهر أن يقال يعني بنصف هذا ألف عبداً يعني بنصف هذا مائة من الخمر بتكرير لفظ يعني

لا تباد الصفة فان قوله  
 أعاني مساومة وتكرار  
 لا يتكرر البيع وهذا لأن  
 تكرار المساومة لا ينعقد  
 أنبيع فان من قال بعني  
 فقال بعتك لا ينعقد البيع  
 ما لم يتل الاخرات تريت  
 واذا كان لا ينعقد تكرار  
 المساومة فكيف يتكرر  
 تكرارها قبل والاول هو  
 الصحيح وهو اختيار المصنف  
 رحمه الله والثالثة أن يقول  
 أعطني نصف درهم فلوس  
 وفي بعض النسخ فلوسا بدلا  
 عن نصف ونصف الا حجة  
 جاز والفريق بينهما وبين  
 الاولى انه لم يكرر انظ نصفه  
 بل قابل الدرهم بما يباع من  
 الفلوس بنصف درهم  
 ونصف درهم الا حجة  
 فيكون نصف درهم الا حجة  
 بمثله والباقي بازاء الفلوس  
 قال المصنف رحمه الله  
 (وفي أكثر نسخ المختصر ذكر  
 المسئلة الثانية) أراد قوله  
 أعطني نصف درهم فلوس  
 ونصف الا حجة وهي  
 الثالثة فيما ذكرنا من ذلك  
 ان المسئلة الاولى ليست  
 بذكر كورة في أكثر نسخ  
 المختصر قال أبو نصر الا قطع  
 في شرحه لا يختص وهو  
 غلط من النسخ والله سبحانه  
 وتعالى أعلم

قال المصنف (ولو قال أعطني  
 نصف درهم فلوس) أقول  
 قال ابن الهمام يجوز في

كان جوابه بكوابه ما عوا الصحيح لانهم يبيعان (ولو قال أعطني نصف درهم فلوسا ونصف الا حجة جاز) لأنه  
 قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الا حجة فيكون نصف درهم الا حجة  
 بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي أكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية والله تعالى  
 أعلم بالصواب

أعاني بنصفه فلوسا وأعطني بنصفه نصف الا حجة (كان جوابه بكوابه ما) في أن الفساد ينص النصف  
 الآخر (لانهم يبيعان) لتعدد الصفة وهذا هو المختار خلافا لما حكى عن الشيخ أبي جعفر وشيخ  
 الاسلام والمظفر أنه لا يجوز وان كرر لفظ الاعطاء لان تعدد الصفة عنده بتعدد البيع وهو الايجاب  
 وانظ أعطني مساومة واذا كان قوله بعني بكذا ليس ايجابا حتى لو قال بعت لا ينعقد ما لم يقل الاول قبلت  
 فأعطني وليس من ماذا البيع أولى وحديثه لم يتعدد البيع فيبيع الفساد على قوله كالصورة الاولى  
 وجه المختار ان ذلك صار معلوم المراد أنه ايجاب وعلى هذا قل وتعرف في مثله صح أيضا الا أنهم لم يذكروا  
 أو ان الكلام فيما اذا دفع اليه المخاطب قبل الافتراق فانه يجعل يباعي النصفين بالمعاطاة فيهما والله أعلم  
 (ولو قال) حين دفع اليه الدرهم الكبير (أعطني نصف درهم فلوسا ونصف الا حجة جاز) فيهما (لأنه قابل  
 الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الا حجة) يتحرى الجواز بأن (يكون نصف  
 درهم الا حجة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس) نعم قد يقال لما كان قوله نصف درهم فلوسا معناه ما يباع من  
 الفلوس به كان الحاصل أعطني بهذا الدرهم ما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الا حجة  
 وما يباع بنصف درهم معاوم انه يخص بنصف الدرهم فصار كالاول كأنه قال أعطني بنصفه نصف  
 درهم فلوس بنصفه نصف درهم الا حجة وجوابه أن موجب التحري للصحيح أن المعنى على ذلك التقدير  
 أعطني بهذا الدرهم نصف درهم الا حجة وما يباع بنصف درهم فلوسا وهذا يفيد أنه انما اشترى ما يباع  
 من الفلوس بنصف درهم وحجة وما يباع من الفلوس بنصف درهم الا حجة بمثله قال المصنف رحمه الله  
 (وفي أكثر نسخ المختصر) يعني القدوري (ذكر المسئلة الثانية) ولم يذكر الاولى ولذا قال شارحه وهو  
 غلط من النسخ ويجوز في فلوسا الجر صفة لدرهم والنصب صفة للنصف (فروع) تقدم بعضها في  
 ضمن التعليل فربما يغفل عنها تصارفا جنسا لا جنس متساويا فزاد أحدهما وأحط شيئا وقبل الآخر  
 التحق بأصل العقد وبطل العقد وقال أبو يوسف لا يلتحق فيه ما ولا يبطل وقال محمد لا يصح الخط فقط  
 ويجعل له حجة مبتدأة ولو تصارفا بغير الجنس فزاد وأحط جاز لعدم اشتراط المماثلة غير أن الزيادة يجب  
 قبضها في مجلس الزيادة لانه عن الصرف وعند من لا يلتحق الزيادة بأصل العقد كالشافعي وأحمد رحمه الله  
 لا يشترط لانها حجة ابتدائية ولو افتقرت لاعت قبضها بطل حصتها من البذل الآخر كأنه باع الكل ثم  
 فسد في البعض لعدم القبض والخط جائز سواء كان قبل التفرق أو بعده ويرد الذي حط ما حط وان كان الخط  
 قيراط ذهب فهو شريك في الدينار مثله لان في تبعيضه ضررا وكل مال ربوي لم يجوز بيعه من الجحمة ولا  
 مواضعة اذا اشتراه بجنسه ويجوز بخلاف جنسه ولو اشترى مصوغا من فضة بفضة أو من ذهب  
 بذهب وتقابضا فوجده المشتري معيبا له أن يرده بالعيب فان رده بقبضه لأبأس به وان لم يقبض الثمن من  
 البائع في مجلس الرد لانه فسخ وبغير قبضه يشترط القبض في مجلس الرد فان قبض صح الرد ولا يبطل  
 وعاد البيع الاول لانه بيع في حق الشرع فان تعذر الرد بأن هلك في يده أو حدث عيب آخر يرجع بأرض  
 العيب ان كان الثمن ذهباً التعذر الفسخ وان كان فضة لا يرجع لانه يؤدي الى الربا فان قبله البائع  
 بعيبه له ذلك والخيار للمشتري بعد ولو اشترى دينار بدرهم ولا دينار له ذوا لدرهم لا آخر ثم اقترضا  
 وتقابضا قبل التفرق جاز وفي المكمل لا يجوز وعن أبي حنيفة رحمه الله اشترى فلوسا بدرهم ولا فلوس  
 ولادراهم له ما ثم نقدا أحدهما وتفرقا جاز ولو كان مكان الفلوس دينار لم يجوز وتقادم معناه في تقسيم

فلوس الجر صفة لدرهم والنصب صفة للنصف انتهى ويجوز على رواية الجر أن يكون صفة للنصف والجر على الجوار الطحاوي



كتاب الكفالة

عقب البيوع بنكر الكفالة لانها تكون في البياعات غالباً ولا يملكها اذا كانت بأمر كان فيها معنى المعاوضة انما انما يذ كر هاعقب البيوع التي هي معاوضة (والكفالة في اللغة هي الضم قال الله تعالى (٣٨٩) وكفلها زكريا) أي ضمها الى نفسه وقرئ

بتشديد الفاء ونصب زكريا أي جعله كاذلاً لها وضامناً لمصالحها (وفي الشريعة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول أصح) لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولادين غرة وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضرونة لنفسها كما سيبيى ولانه لو ثبت الدين في ذمة

الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وعورض بما اذا وهب رب الدين دينه للكفيل فانه يصح ويرجع به الكفيل على الاصيل ولو لم يصر الدين عليه لما ملك كما قبل الكفالة لان تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وأجيب بأن رب الدين لما وهبه للكفيل صح فجهلنا الدين عليه حينئذ لضرورة تصحيح التصرف وجعلناه في حكم دينين وأما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم دينين

كتاب الكفالة

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول أصح

الطحاوي اشترى سبعة احليمة مائة درهم فضة بمائة درهم ثم علم أن احليمة مائة درهم قبل التفرق فان شاء زاد في الثمن مائة أخرى وان شاء فسخ والمائة ليست بشرط بل يزيد شيئاً ليمتد من المائتان للاحلية ولو علم بعد التقاض والتفرق بطل العقد في الكل ولو كان ذلك في ابريق فضة يبطل العقد في نصف الابريق والله تعالى أعلم

(بسم الله الرحمن الرحيم) كتاب الكفالة

أورد الكفالة عقب البيوع لانها غالباً يكون تحققة في الوجود وعقب البيوع فانه قد لا يطمئن البائع الى المشتري فيحتاج الى من يكفله بالثمن أو لا يطمئن المشتري الى البائع فيحتاج الى من يكفله في المبيع وذلك في السلم فلما كان تحققة في الوجود غالباً بعد ما أوردناها في التعليم بعد ما اولها مناسبة خاصة بالصرف وهي انما تصير بالانقضاء معاوضة عما ثبت في الذمة من الاتمان وذلك عند الرجوع على المكفول عنه ثم لم تقدم الصرف لانه من أبواب البيع السابق على الكفالة فلزم الكفالة بعده ومحاسن الكفالة جليلة وهي تفرج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفيما مؤنة ما أهمه ما وفر حاشها وذلك نعمة كبيرة عليهم ما وإذا كانت الكفالة من الافعال العالية حتى امتن الله تعالى بهم احيث قال وكفلها زكريا في قراءة التشديد يتضمن الامتنان على حريم اذ جعل لهامن يقوم عصاها ويقوم بها بأن أتاح لها ذلك وسمى زكريا بذى الكفل لما كفل جماعة من الانبياء للملك أراقتلهم بسبب وجودها تضيق الطالب على المطلوب مع قصده الخارج رفعه عنه ما انقربا الى الله تعالى وأزاله لا الذي عن نفسه اذا كان المطلوب ممن يمه ما أهمه وسبب شرعية دفع هذه الحاجة والضرر الذي ذكرناه آنفاً ودليل وقوع شرعية قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وآنكبه زعيم وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن والاجاع وشرطه في الكفيل كونه من أهل التبرع فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور ولا مكاتب ولا تصح من المريض الا من التث وفي الدين أن يكون صحيحاً فلا كفالة في بدل الكفاية لانه ليس ديناً صحيحاً اذ لا يلزم دين للمولى على عبده ولزوم دين الكفاية بخلاف القياس ليصل العبد الى العتق وان يكون مقدور التسليم وأما مفهومه الغنة فقال المصنف الضم سواء كان متعلقه عينا أو معنى قال في المغرب تركبه ذال على الضم والتضمين ومنه كفل البعير كساعداً حول سنامه كالحوية يركب عليه وكفل الشيطان مركبه وأما في الشرع فما أشار اليه من قوله (ثم قيل هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول أصح) فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل خلافاً للاساقفة ومالك وأحمد في رواية فثبت الدين في ذمة الكفيل ولا يسقط عن الاصيل ولم يرجع في المبسوط أحد القولين على الآخر وما يتحال من لزوم ضرورة الاف الدين الواحد للفين كما ذكره بعض الشارحين قال في المبسوط وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقاءه في ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لان الدين وان ثبت في ذمة الكفيل

كتاب الكفالة

قال الامام السرخسي في مبسوطه في باب كتاب القاضى في الكفالة من كتاب الكفالة لو كتب القاضى الى القاضى بكتاب في كفالة بنفس رجل ولم

بين في كتابانه كفل بأمره فانه لا يترشح له بذلك بمنزلة ما لو أقر أنه كفل بغير أمره وهذا لانه لو كفل عنه بما لغير أمره لم يكن عليه أن يتخلصه من ذلك لانه التزم باختياره فكذلك اذا كفل بنفسه بغير أمره انتهى

فلاستيفاء لا يكون الامن أحدهما كالعاصب مع عاصب الغاصب وان كلاهما من لقيمة وليس حق  
 المالك الا في قيمة واحدة لانه لا يستوفي الامن أحدهما واختياره تضمن أحدهما بوجوب راءة الآخر  
 فكذا اختياره بتضمين القبض منه لا مجرد حقيقة اختياره لانه يتحقق برأفة أحدهما ويجرد  
 ذلك لا يبرأ الآخر وعماء يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل انه لو عصب الدين للكفيل صح ويرجع  
 الكفيل به على الاصيل مع أن شعبة الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وكذا لو اشترى من الكفيل بالدين  
 شيأ يصح مع ان الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح والحاصل أن ثبوت الدين في الذمة اعتبار من  
 الاعتبارات الشرعية فإذا أن يعتبر النسي الواحد في ذمتين انما يتبع في عين ثبت في زمن واحد في  
 ظرفين حقيقة يمين ولكن الاختار ما ذكرنا أنه في مجرد المطالبة لا الدين لان اعتبار في الذمتين وان أمكن  
 شرعا لا يجب الحكم بوقوع كل يمكن الاجموب ولا موجب لان التوثيق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم  
 ولا يدم من ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالتوكيل بالشراء يطالب بالتمن وهو في ذمة الموكل وأما الجواب  
 عن تسليم الهبة والدين فانما جعلناه في حكم الدينين تصحيصا لتصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه  
 بالفعل وقبله لا ضرورة فلا داعي الى ذلك ولا يخفى أن مائة من قول أبي حنيفة ان الدين فعل يقتضي  
 أن الدين في ذمة الكفيل أيضا كما هو في ذمة الاصيل اذ فعل الاداء واجب عليه ثم الوجه أن تطلق  
 المطالبة من غير تقييد بالدين فان الكفالة كما تكون بالدين تكون بالاعيان المضمونة بنفسها وهو  
 ما يجب تسليمه بعينه فان ذلك ضمن مثله ان كان له مثل وبقيمته ان لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيع  
 بيعا فاسد او المقبوض على سوم الشراء تصح الكفالة بها ويجب تسليمها واذا هلكت يجب تسليم قيمتها  
 اذا ثبت بالبينة أو بالاقرار والاعيان المضمونة بغيرها وهي الاعيان الواجبة التسليم قائمة وعند هلاكها  
 لا يجب تسليم مثله ولا قيمتها وهو المبيع قبل القبض يضمن بالتمن وكالرهن يضمن بالدين ولو هلكت  
 لا يجب على الكفيل قيمتها وأما الاعيان الواجبة التسليم وهي أمانة كالعارية والمستأجر في يد المستأجر  
 تصح الكفالة بموتى هلكت لا يجب على الكفيل قيمتها بخلاف الاعيان الغير الواجبة التسليم كالوديعة  
 ومال المضاربة والشركة لا تصح الكفالة بموتها أصلا وأما ركنها فالإيجاب والقبول بالالفاظ الآتية ولم  
 يجعل أبو يوسف في قوله الاخير القبول ركننا فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده في الكفالة بالمال والنفس  
 وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي واختلفوا على قول أبي يوسف ف قيل ان الكفالة تصح من الواحد  
 وحده موقوفا على اجازة الطالب أو تصح نافذا ولطالب حق الرد وفائدة الخلاف انما تظهر فيما اذا مات  
 المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف يقول لا يؤخذ به الكفيل وأما حكمها فثبت حق المطالبة  
 للكفيل متى شاء سواء تعذر عليه مطالبة الاصيل أو لا وفي رواية عن مالك لا يطالبه الا اذا تعذر ذلك وقال  
 ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود وأبو ثور ينقل الحق الى ذمة الكفيل فلا يملك مطالبة الاصيل أصلا كما في  
 الحوالة وما ذكر في المنظومة من نسبة ذلك الى مالك خلاف ما في مشاهير كتب أصحابه احتجوا بما روى  
 أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم حضر جنازة فقال هل على صاحبكم دين  
 فقالوا نعم درهمان فقال صلوا على صاحبكم فقال صلى الله عليه وسلم أنا لهما ضمان من فقام صلى الله عليه وسلم  
 وصلى عليه ثم أقبل على علي رضي الله عنه فقال جزأله الله خير او فلك رهانك كما فككت رهان أخيك  
 فقبل يا رسول الله أله خاصة أم للناس كافة فقال للناس كافة فدل أن المضمون عنه برئ من الضمان  
 وللعمامة قوله صلى الله عليه وسلم نفس المؤمن معاقبة بدنيته حتى يقضى عنه وقوله في خبر أبي قتادة الان  
 بردت جلده وصلاته صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه لانه بالضمان صار وفاء وانما امتنع عن الصلاة  
 على مديون لم يخلف وفاء وقوله فلك الله رهانك لانه كان يحال لا يصلي عليه فلما ضمن عنه فكاه عن ذلك  
 ولا يخفى انه لم يرقع الجواب بعد فان الدليل يتم بصلاته عقيب ضمان علي اذ يدل على أن الضمان تم ذلك

قال (الكفالة ضربان الح) الكفالة ضربان كفة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه لانه رقباني منه لا يتقاده ليسلمه ولانه لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا اما اذا كان بغير امره فظاهر واما اذا كان بأمره فلا أن أحرمه بالكفالة لا يثبت له (٣٩١) عليه ولاية في نفسه ليسلمه كما أن أمره

بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية ليؤدي المال من المكفول عنه بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم) أى الكفيل ضامن ووجه الاستدلال انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعها لا يقال هو مشترط الا لزام لانه عليه الصلاة والسلام حكم فيه بصحة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئا لأن الغرم ينبي عن لزوم ما يضر وهو موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم الكفيل بالاحضار وهو يضر ربه (قوله ولانه يقدر على تسليمه) جواب عما قال الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه وتقريره اننا لانسلم أنه لا يقدر على تسليمه (قوله اذلا قدرته على نفس المكفول به) ممنوع فان قدرة كل شيء بحسبه وهو يقدر أن يعلم الطالب مكانه ويحلى بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضى على ان قوله لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا

قال (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال) فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذلا قدرته على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه فيحلى بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضى في ذلك والحاجة ماسة اليه وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وهو التزم في المطالبة فيه

(قوله قال) أى القدورى (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال) ويدخل في الكفالة بالمال الكفالة بالاعيان التي ذكرناها (والكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به) ثم نقل عن الشافعي ان الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول مخالف للقول الاظهر عندهم وهو انها جائزة كقولنا واستدل لقوله المضعف (بأنه التزام ما لا يقدر على تسليمه اذلا قدرته على نفس المكفول به) فكان كبيع الطير في الهواء وهذا لانه لا يتقاده ولا ولاية له عليه خصوصا اذا كفل بغير أمره وكذا بأمره لان أمره بكفالة لا يثبت له ولاية عليه وصار كالكفالة بيد الشاهدين (و) استدل للذهب بما أخرجه من قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم) باعتبار عموميه وقوله (بنوعيه) أى نوعى عقد الكفالة واعترض بأنه يخص بالزعيم في المال من نفس الحديث حيث قال غارم والكفيل بالنفس لا غرم عليه للمال وأجيب بأن الغرم لا يختص بالمال بل الغرم أداء ما يلزم بما يضره والخسارام الا لزم ذكره في الجملة والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار وقد ثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما أشار اليه المصنف بقوله (والحاجة اليه ماسة وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة) وحاصله الحاجة بجميع عموم الحاجة اليها احياء للحقوق مع الايجاب والقبول والشرايط وماطرأ من انتفاء الشرط بانتفاء القدرة على تسليمه ممنوع لان الظاهر أنه يتقاده اذا كان بأمره وان كان بلا أمره يمكنه احضاره بالاستعانة بأعوان الحاكم وأبطل بعضهم قوله لا يقدر على نفس المكفول بأنه مبنى على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليلا ولا يخفى أن ليس المراد بالقدرة المنفية القدرة الشرعية ليكون مبنيا على عدم جواز الكفالة فيلزم الدور بقليل تأمل وروى أنه صلى الله عليه وسلم كفل رجلا في تهمة وكان بين علي وعمر رضي الله عنهما خصومة فكفلت أم كلثوم بنفسه على رضي الله عنه واعترض بالمنافضة في الحدود والقصاص فان الكفالة بالنفس فيها لا تصح وان كان تسليم النفس واجبا كتسليمها للجواب والجواب منع عدم صحته ما لمقابل المنصوص في الاصل صحة الكفالة بنفس من عليه حد القذف والسرقة والقصاص في النفس وما دون النفس ووجهه أنهم من حقوق العباد من وجهه في بعضها ومن كل وجهه في بعضها وأما حد الزنا والشرب فعند صحة الكفالة للزوم التنافي فان الحد يثبت في درته وصحة الكفالة للاستيثاق والاحتياط لاستيفائه فقام المانع فيهما وأما الجبر على اعطاء الكفيل فيها في الحدود لا يجبر بالاجماع وفي القصاص كذلك عند أبي حنيفة خلافا لهما وأما عدم صحة الكفالة بنفس الشاهد ليؤدي فلا أن الكفالة لا تقيده لان الشاهد عند مطالبة الطالب بالاداء اما أن يجيب ويحضر أولا ففي الاول حاجة الى الكفالة وفي الثاني يلزم فسقه

مبنى على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليلا (قوله والحاجة ماسة) استظهره بعدم الدليل وذلك لان معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق فيه والمانع متف لما ذكرنا والحاجة وهي احياء حقوق العباد ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز لا تعنتا وعندنا

(قوله مبنى على عدم جواز الكفالة) أقول فيه أن البناء على ذلك ممنوع فان الخصم أثبته بالقياس على الكفالة بالمال بالأمر كما أمر أنفا

قال (وتتعد اذا قال تكفلت بنفس فلان الخ) لما فرغ من انواع الكفالة شرع في ذكر الالفاظ المستعملة فيها وهي في ثلث على قسمين قسم يعبر به عن البدن حقيقة كقوله تكفلت بنفس فلان أو بجسده أو ببدنه وقسم يعبر عنه عرفاً كقوله تكفلت بوجهه ورأسه وبريقته فان كلامهما متشابه وس (٣٩٣) بعضو خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمل بطريق العرف وكذا اذا

قال (وتتعد اذا قال تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه وكذا ايدين ووجهه) لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة أو عرفاً على ما صرفى الطلاق وكذا اذا قال بنصفه أو ثلثه أو بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تجزأ فكان ذكر بعضها شائعاً كذا كر كماه اختلاف ما اذا قال تكفلت ببدن فلان أو برأسه لانه لا يعبر به ما عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليه ما وفيها تقدم تصح (وكذا اذا قال ضمته) لانه تصريح بموجبه (أو قال) هو (على) لانه صيغة الالتزام (أو قال الى) لانه في معنى على في هذا المقام قال عليه الصلاة والسلام ومن ترك ما لا فلورثته ومن ترك ما لا ورثته من ترك ما لا ورثته فاني (وكذا اذا قال أنا زعيم به أو قبيل به) لان الزعامة هي الكفالة وقد رويته فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال أنا ضامن لعرفته لانه التزام المعرفة دون المطالبة

يعبر بجزء شائع كوصف أو ثلث لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تجزأ فكان ذكر بعضها شائعاً كذا كر كماه كما صرفى الطلاق من جهة اضافته اليه بخلاف ما اذا قال تكفلت ببدن فلان أو برجله لانه لا يعبر به ما عن البدن حتى لا تصح اضافة الطلاق اليه كما وكذا تتعد اذا قال ضمته لانه صريح بموجبه عتد الكفالة وكذا اذا قال على لانه صيغة الالتزام وكذا اذا قال الى لانه في معنى على في هذا المقام قال صلى الله عليه وسلم من ترك ما لا فلورثته ومن ترك ما لا ورثته فاني (وكذا اذا قال أنا زعيم به أو قبيل به) لان الزعامة هي الكفالة وقد رويته فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال أنا ضامن لعرفته لانه التزام المعرفة دون المطالبة وكذا اذا قال أنا ضامن لك امرقة فلان

فلا تشمل شهادته لو أحضره الكفيل بخلاف ما نحن فيه (قوله وتتعد اذا قال تكفلت الخ) شروع في ذكر الالفاظ التي تثبت بها الكفالة وهي صريح وكتابة فالصريح تكفلت وضمنت وزعيم وقبيل وجعل وعلى والى والى عندى هذا الرجل وعلى أن أوفيك به أو على أن ألقاك به أو دعه الى وجعل بالهاء المهملة بمعنى كفيل به يقال جعل به جالة بفتح العين في الماضي وكسر في المضارع وروي في القاموس الخيل ضامن وأما القبيل فهو أيضاً بمعنى الكفيل ويقال قبل به قبالة بفتحها في الماضي وضمها وكسرهما في المضارع وهذه الالفاظ توجب لزوم موجب الكفالة اذا أضيفت الى جالة البدن أو ما يعبر به عن الجالة حقيقة في اللغة والعرف وما لا فلا على وزان الطلاق على ما صرفى كفلت أو أنا خيل أو زعيم بنفسه أو رقبته أو روحه أو جسده أو رأسه أو بدينه أو وجهه لان هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن وعرفاً ولغة مجازاً كهورأسه ويحتر برقبته وتقدم في الطلاق ولم يذكر محمد رحمه الله ما اذا كفل بعنه قال البخاري رحمه الله لا يصح كفاي الطلاق الا أن ينوي به البدن والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق اذا العين مما يعبر به عن الكل يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفاً في زمانهم أما في زماننا فلا شك في ذلك بخلاف ما لو قال بيده أو برجله ويتأتى في دمه ما تقدم في الطلاق (وكذا) اذا أضاف الى جزء شائع منه ككفلت (بنصفه أو ثلثه أو بجزء منه) لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تجزأ فذكر بعضها شائعاً كذا كر كماه) ووجه ضمانت (بأنه تصريح بموجبه) لان موجب الكفالة لزوم الضمان في المال في أكثر الصور (وعلى صيغة التزام والى في معناه قال صلى الله عليه وسلم من ترك ما لا فلورثته فاني) لان العطف يقتضي المغايرة وقوله (وقد رويته فيه) اقتصر في بعض النسخ وفي بعضها الحديث يزيد قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم في الصحيحين عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم من ترك ما لا فلورثته ومن ترك ما لا فلورثته فاني (وكذا اذا قال أنا ضامن لعرفته) لان الضمان لا تثبت به الكفالة (لانه التزام المعرفة دون المطالبة) وكذا اجعرفته وكذا أنا ضامن لك على أن أوفيك عليه أو على أن أدلك عليه أو على منزله ولو قال أنا ضامن لعرفته أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ والوجه أن يلزمه لانه مصدر متعد الى اثنين فقد ألزم أن يعرفه الغريم بخلاف معرفته فانه

فهو كفالة على قول أبي يوسف وعلى هذا معاملة الناس (قوله وكذا اذا عرأخ) أقول في صحة عطفه تأمل قال المصنف (لانه لا يعبر به ما عن البدن) أقول لاحقيقة ولا عرفاً فلا يرد النقص بمثل قوله تعالى ثبت يد أبي لهب

قال (فإن شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طال به في ذلك الوقت وفامته التزمه فان احضره برئت ذمته وان لم يحضره لا يستجمل في حبه لعله ما درى لما يدعى) فاذا علم ذلك وامتنع فاما ان يكون لعجز أو مع قدرته ان كان الثاني حجه الحاكم وان كان الاول فاما ان يعلم مكانه أولا فان كان الاول أمهلا الحاكم مدة ذهابه ومجيئه (٣٩٣) فان مضت المدة ولم يحضره حجه الحاكم

قال (فإن شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طال به في ذلك الوقت) وفامته التزمه فان احضره والا حجه الحاكم لا تمتناعه عن ايضا حتى مستحق عليه ولكن لا حجه اول حرة لعله ما درى لما يدعى ولو غاب المكفول بنفسه أمهلا الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يستجمل في حبه لعله ما درى لما يدعى (وكذا اذا ارتدوا العباد بالله ولحق بدار الحرب) وهذا لانه عاجز في المدة فينتظر كالذي أعسر ولو سلمه قبل ذلك برئ لان الاجل حقه فبذلك اسقاطه كافي الدين المؤجل قال (واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يكون في مصر

لاية مضي المعرفة الكفيل للطلوب وعن نصر قال سأل ابن محمد بن الحسن أباسلميان الجوزجاني عن رجل قال لا آخر أنا ضامن لمعرفة فلان قال أبو سلميان أما في قول أبي حنيفة وأبى أن لا يلزمه شيء وأما أبو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم قال الفقيه أبو البيث في النوازل هذا القول عن أبي يوسف غير مشهور والظاهر ما عن أبي حنيفة ومحمد وفي خزائنه الواقعات وبديهي أي بظاهر الرواية لكن نص في المنتقى أن في قول أبي يوسف فحين قال أنا ضامن لك بمعرفة فلان يلزمه وعلى هذا معاملة الناس وفي فتاوى النسب في لوقال الدين الذي لك على فلان أنا أدفعه اليك أو أسلمه اليك أو أقبضه لا يكون كسالة ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام وفي الخلاصة عن متفرقات حاله قيد بما اذا قاله منجز فاقول معلما يكون كفالة نحو أن يقول ان لم يؤد فلان أؤدى نظيره في النذر لوقال أنا أحج لا يلزمه شيء ولو قال ان دخلت الدار فأنا أحج يلزمه الحج (قوله فان شرط في الكفالة) أي بالنفس (تسليم المكفول به في وقت بعينه) أو يوم (لزمه احضاره فيه والا حجه الحاكم لا تمتناعه عن ايضا حتى مستحق عليه) وهذا اذا لم يظهر عجزه عن احضاره فيه فان ظهر لا يلزمه الا فائدة في حبه كما اذا مات المكفول به فان الكفالة تبطل فان غاب وعلم مكانه لا يطالب الكفيل للحال ويؤجل الى مدة يمكنه الاحضار فيها فان لم يحضره ظهرت مماطلة الكفيل فيجبس الى أن يظهر للقاضي تعذرا للاحضار عليه بدلالة الحال أو بشهود بذلك فيخرج من الحبس وينظر الى وقت القدرة كالأعسار بالدين واذا أخرج لا يحول بينه وبين المكفول له فيلزمه ولا يمنع من أشغاله ولو لم يكن يعلم مكانه سقطت مطالبة الكفيل فلو قال الطالب تعرف مكانه وقال الكفيل لا أعرف فان كانت له خرجة معروفة يخرج اليها الى موضع معلوم للتجارة فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب اليه لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك فالقول للكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة وقيل لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبس حتى يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه بالضممان فلا يصدر في دعوى ما يسقطها فان أقام الطالب بينة انه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب اليه وفي بعض النسخ قوله (وكذا اذا ارتدوا ولحق بدار الحرب) يعني عهله الحاكم مدة ذهابه الى دار الحرب ان كان يتناوب بينهما موادعة فان لم يكن لا يؤخذ الكفيل للعجز عنه والحق وان كان موثاقه وحكمي في ماله ليغطي الاقرب اليه أما حقوق العباد فتأبى على ماله ولم يفصل في المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة للشافعية فيما اذا كانت مسافة القصر وجهان أحدهما لا يسقط الطلب كما هو فيما دونها والثاني يسقط طالما بالغبية المنقطعة (قوله واذا احضره وسلمه اليه في مكان يقدر المكفول له) على (أن يخاصمه فيه مثل أن يكون في مصر) من الامصار

(٥٠ - فتح القدير خامس) المكفول بنفسه وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يكون في مصر قال المصنف (فإن شرط في الكفالة الى قوله في ذلك الوقت) أقول لا قبله كافي الدين المؤجل فقوله في ذلك يجوز أن يكون من باب التنازع (قوله وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل) أقول وعمل القضاة اليوم على هذا



برئ الكفيل لان المقصود بالكفالة بالتفويض هو الحاكمة عند القاضي فاذا سلمه في مثل ذلك المكان حصل المقصود فبرئ الكفيل لانه  
ما التزم التسليم الامر واحد وقد حصل ذلك بما قلنا وان كفل على أن يساه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ حصول المقصود وهو  
القدرة على الحاكمة وقال شمس الائمة السرخسي المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم في ذلك الوقت أما في زماننا اذا شرط  
التسليم في مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم (٣٩٤) في غير ذلك المجلس لان الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة أهل القس والفساد لا على

برئ الكفيل من الكفالة) لانه أتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانهما التزم التسليم الامر قال (واذا  
كفل على أن يساه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ) لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لان  
الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مقيدا (وان سلمه في برئه لم يبرأ) لانه  
لا يقدر على الخاصة فيها فلا يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم  
في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة للقدرة على الخاصة فيه وعندهما لا يبرأ لانه  
قد تكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على الخاصة فيه

(برئ الكفيل من الكفالة) سواء قبله الطالب أولا كما يدون اذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب (وإذا  
لانه ما التزم التسليم) بالكفالة (الامر) وقد حصلت ثم الشرط عندهما أن يكون ذلك المصر هو المصر  
الذي كفل فيه وعن أبي حنيفة ليس ذلك بشرط وهي المسئلة الأخيرة من مسائل التسليم ووضعها هنا  
أنسب وجه قوله أنه ثبت بذلك قدرة الخاصة في الجملة وهما يقولان المقصود من التكفيل بنفسه  
تحصيله في وقت يقدر فيه على محاصته وهذا لا يكون ظاهر الا في مصره لان شهوده طاعره لا في  
غيره من الامصار ولا يقيد التكفيل فائدة المقصود به وقوله ما أوجه وفي الفتاوى القاضي اذا أخذ  
كفيل من المدعي عليه بنفسه فان الكفيل اذا سلمه الى القاضي أو الى رسوله برئ وان سلم الى المدعي لا وهذا  
اذا لم يصف الكفالة الى المدعي فان أضاف بأن قال كفل للمدعي فالجواب على العكس أما ان عين  
مجلس القاضي أو المسجد الجامع فالذهب أنه اذا سلمه في السوق برئ لان المقصود من الكفالة بحصول  
بذلك وهو قدرة الخاصة وحين اختلف الزمان رأى المشايخ انه لا يبرأ بذلك لان البراءة كانت باعتبار أنه  
يقدر على ايصاله الى حضرة القاضي بمعاونة الناس وعبارة الطريق الا أن لا يقدر ان لا يقبلون ان قدروا  
فكان التقييد مقيدا وقد روي عن أبي يوسف نصا وقال لان الناس لا يمتنعون للاحضار قيل ويجب  
أن يفتى بهذا ولو شرط تسليمه عند الأمير فسلمه عند القاضي أو عزل ذلك القاضي وولى غيره فدفعه عند  
الثاني جازد كره في الخلاصة (ولو سلمه في برئه أو سواد لا يبرأ) اتفاقا (ولو سلمه في السجن وقد حبسه  
غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على الحاكمة فيه) وفي المتن رجل كفل بنفسه محبوس ينبغي للقاضي أن  
يخرجه حتى يدفعه الكفيل الى المكفول له ثم يعيده الى السجن ومفهوم قوله وقد حبسه غير الطالب  
يدل عليه وفي العمود لو ضمن بنفسه رجل وحبس المطالب في السجن فأتى به الذي ضمنه الى مجلس  
القاضي فدفعه اليه قال محمد لا يبرأ لانه في السجن ولو ضمنه وهو في السجن يبرأ ولو خلى عن الحبس ثم  
حبس ثانيا فدفعه اليه وهو في الحبس ان كان الحبس الثاني من أمور التجارة ونحوها صح الدفع وان كان  
في غير من أمور السلطان لا يبرأ ولو حبس الطالب المطالب ثم أخذ الطالب الكفيل فقال ادفعه الى فدفعه  
وهو في الحبس قال محمد برئ بتسليمه اليه وهو في حبسه ومفهوم هذا القول المصنف وقد حبسه  
غير الطالب ولو قال المطالب في السجن دفعت نفسي اليك عن كفالتك كان جائزا أيضا و برئ الكفيل  
وفي الزاغات رجل كفل بنفسه رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز

الاحضار والتقييد بمجلس  
القاضي مفيد وان سلمه في  
برئه لم يبرأ لعدم المقصود وهو  
القدرة على الحاكمة وكذا  
اذا سلم في سواد لعدم قاض  
يفصل الحكم وان سلمه في  
مصر غير المصر الذي كفل  
فيه برئ عند أبي حنيفة  
وجه الله للقدرة على الخاصة  
فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد  
يكون شهوده فيما عينه  
فالتسليم لا يقيد المقصود  
والجواب ان شهوده كما يتوهم  
أن يكون فيما عينه فيه فتعارض  
الموهومان وبقي التسليم  
متممقا من الكفيل على  
الوجه الذي التزمه فيه أو هذا  
لان المتعبر عنه من أن  
يحضره مجلس القاضي اما  
ليثبت الحق عليه أو يأخذ  
منه كفلا وقد حصل وقيل  
هذا اختلاف عصر وأوان  
فان أبا حنيفة رحمه الله كان  
في القرن الثاني وقد شهد  
رسول الله صلى الله عليه  
وسلم لاهله بالصدق فكانت  
الغلبة لادخل الصلاح والقضاء  
لا يرغبون الى الرشوة وعامل  
كل مصر متقاد لاهل الخليفة  
فلا يقع التفاوت بالتسليم اليه

في ذلك المصر أو في مصر آخر ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن أبي يوسف ومحمد رحمه الله فظهر الفساد والميل من  
القضاء الى أخذ الرشوة فقيّد التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعا للضرر عن الطالب ولو سلمه في السجن فان كان الحبس هو الطالب  
برئ وان كان غيره لم يبرأ لانه لم يقدر على الحاكمة فيه ود كفي الزاغات رجل كفل بنفسه رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل  
لا يحبس الكفيل لانه عجز عن احضاره ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى يأتي به لانه حال ما كفل قادر على الاتيان به  
(قوله فتعارض الموهومان) أقول فيه بحث لان الظاهر هو كونهم في مكان التكفيل بحكم الاستصحاب فلا تعارض

قال ( واذا مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس ) بقاء الكفالة بالنفس ببقاء الكفيل والمكفول به وموتهما أو موت  
أحدهما سقط لهما أما اذا مات المكفول به فلا ن الكفيل عجز عن احضاره ولا نه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل  
وأما اذا مات الكفيل فلا نه عجز عن تسليم المكفول بنفسه لا بحالة فان قيل فليؤد الدين من ماله أجاب بأن ماله لا يصلح لبقاء هذا  
الواجب وهو احضار المكفول به وتسليمه الى المكفول له الاصاله وهو ظاهر لا نه لم يلتزم المال ولا نيابة لانه لا يوجب عن النفس بخلاف  
الكفيل بالمال فان الكفالة لا تبطل بموته لان ماله يصلح نائباً اذا المقصود ابقاء حق ( ٣٩٥ ) المكفول له بالمال ومال الكفيل صالح لذلك

فيؤخذ من تركه ثم ترجع  
ورثته بذلك على المكفول  
عنه اذا كانت الكفالة  
بأمره كافي حالة الحياة واذا  
مات المكفول له فللوصي أن  
يطالب الكفيل ان كان له  
وصي وان لم يكن فلوارثه  
أن يفعل ذلك لقيام كل  
منه - ما مقام الميت قال  
( ومن كفل بنفسه آخر الخ )  
ومن كفل بنفسه آخر  
بالإضافة ولم يقل فاذا دفعت  
اليك فأنابريء فدفعه اليه  
برئ لانه يعني البراءة وذره  
لتذكر الخبر وهو الموجب  
ومعناه الكفالة بالنفس  
موجب البراءة عند التسليم  
وقد وجد والتنصيص على  
الموجب عند حصول الموجب  
ليس بشرط كسوت الملك  
بالشراء فانه ثبت بالشرط  
لانه موجب التصرف وكل  
الاستمتاع فانه ثبت بالتسكاح  
الصحيح لكونه موجباً وكذا  
في سائر الموجبات وقال في  
النهاية لانه موجب التصرف  
أي لان دفع المكفول به الى  
المكفول له موجب تصرف

قال ( واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة ) لانه عجز عن احضاره ولا نه سقط الحضور  
عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادر على تسليم المكفول  
بنفسه وماله لا يصلح لبقاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولومات المكفول له فللوصي أن يطالب  
الكفيل فان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت قال ( ومن كفل بنفسه آخر ولم يقل اذا دفعت اليك  
فأنابريء فدفعه اليه فهو برئ ) لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط  
قبول الطالب التسليم كافي قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالة صح لانه

عن احضاره ( قوله ) واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولا نه  
سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل ) يعني برئ ( لانه لم  
يبق قادر على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لبقاء هذا الواجب ) الذي هو احضار النفس  
( بخلاف الكفيل بالمال ) اذا مات فانه يطالب بأداء ما كفل به لان ماله يصلح للوفاء بذلك فيطالب به  
الوصي فان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت وترجع ورثة الكفيل على الاصيل أعني المكفول عنه ان  
كانت الكفالة بأمره كافي الحياة ولو كان الدين مؤجلاً ومات الكفيل قبل الاجل يؤخذ من تركه  
حالا ولا ترجع ورثته على المكفول عنه الا بعد دحاول الاجل لان الاجل باق في حق المكفول عنه لبقاء  
حاجته اليه وعن زفر لا يحمل عبث الكفيل لانه مؤجل على الكفيل أيضاً ألو مات المكفول له فلا  
تسقط الكفالة بالنفس كما لا تسقط بالمال لان الكفيل موجود على قدرته والوصي أو الوارث يقوم مقام  
الميت في المطالبة بذلك ( قوله ) ومن كفل بنفسه آخر ولم يقل اذا دفعته اليك فأنابريء فدفعه  
اليه فهو برئ لانه ) أي دفع المطلوب هو ( موجب التصرف ) يعني الكفالة فلا يحتاج في ثبوته الى  
التنصيص عليه كالملك موجب البيع فيثبت عنده من غير أن يشترط والتحقيق أن موجب الكفالة  
وجوب الدفع عند المطالبة وجوازه عند عدمها والبراءة موجب الدفع فكانت حكم متعلق موجب  
الكفالة فاذا وجد وجد وقدر وجد دفع فثبت من غير حاجة الى اشتراطها وقوله ( كافي  
قضاء الدين ) يعني اذا سلم المديون الدين للدائن ولا مانع من القبض برئ وان لم يقبضه كالغاصب اذا رد  
المغصوب على المالك ببرأ مع أنه جان فلهما أولى والبائع اذا سلم المبيع الى المشتري قال الفقيه أبو الليث  
انما ذكر هذا لدفع توهم أنه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة الى أن يستوفي حقه لان الكفالة  
ما أريدت الا لتوثيق لاستيفاء الحق فالزم يستوفيه يجب عليه تسليمه الى أن يستوفيه فأزال هذا الوهم  
بيان أن عقد الكفالة يوجب التسليم مرة لا بقيد التكرار ( قوله ) ولو سلم المكفول به نفسه من كفالة  
أي من كفالة الكفيل وذلك بأن يقول سلمت نفسي أو دفعت نفسي اليك من كفالة فلان ( صح ) عن  
كفالة فبرأ الكفيل بذلك قال شمس الأئمة لا نعلم فيه خلافاً قال المصنف ( لانه ) أي المكفول

الكفالة بالنفس والموجبات تثبت في التصرف بدون ذكرها صريحاً وليس بشئ لان الكلام في ان البراءة تحصل بدون التنصيص لا دفع  
المكفول به الى المكفول له قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير انما أورد هذا النفي الاشتباه لان تسليم النفس محتاج اليه وقتا بعد  
وقت حتى يصل اليه حقه فلعل الطالب يقول ما لم أستوف حتى من المطلوب لا يبرأ الكفيل ولكن يقال له قد أوجب على نفسه التسليم ولم  
يذكر التكرار اذ اوجب التسليم ولا يشترط قبول الطالب التسليم كافي قضاء الدين لان الكفيل يبرئ نفسه ببقاء عين ما التزم فلا يتوقف  
على قبول صاحبه فلو توقف لربما امتنع عن ذلك ابقاء لحق نفسه فيتم ضرره الكفيل والضرر مدفوع بقدر الامكان ولو سلم الاصيل نفسه  
عن كفالة أي كفالة الكفيل وقال دفعت اليك نفسي من كفالة فلان برئ الكفيل وصار كالتسليم الكفيل لان المكفول به

مطالب بالخصوص وفي بعض النسخ المطالب بالمحضور من جهة الكفيل اذا طالب به فهو يبرئ نفسه عن ذلك بهذا التسليم لكن اذا قال فلان  
نفسى من كذالة فلان لان تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه ومن جهة الكفيل فلم يصح بقوله من  
كفالة فلان لم يتبع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ على هذا فاذ كرى التهمة من قوله لانه مطالب بالخصوصية أى لان المكفول به مطالب  
بالحضور فلا يكون تسليم نفسه الى المطالب متبرعاً فيه نظراً لانه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه عن الكفيل ليرأيه لان مقصده ان يبرئ  
نفسه وان يسلم ان يبرأ الكفيل وان لم يقل عن كذالة فلان وهو خلاف ما في الملبوط والشامل وغيرهما وتسليم وكيل الكفيل  
ورسوله لقيامه بما دام تسليمه قال (وان تكفل بنفسه على انه ان لم يوف به الى وقت كذا الخ) رجل قال ان لم أوف فلان الى شهر  
فهو ضامن لماعليه وهو ألف فربما يفسد في الوقت المذكور ضمن المال واغام أى آتاه من الوفاء وقد بقوله لماعليه وهو موفيد لانه ان لم يقبله  
لم يلزم الكفيل شئ عند عدم الموافقة على قول محمد خلافاً لما وبقوله وهو ألف وهو غير مفيد لانه اذا قال فعلى مالك عليه ولم يسم الكمية  
بيان لان جواز المكفول به لا يمنع صحة الكفالة لا بتمامه اعلى التوسع ولهذا قال كقلت لك بما أدر كذا في هذه الجارية التي اشتريتها من  
ذلك بصحت وكذلك الكفالة بالشعبة (٣٩٩) صحة مع انهم لم تعلم هل تبلغ النفس أو لانهم الحكم في هذه المسئلة شيئاً ان أحدهما

مطالب بالخصوصية فكان لا يلاي الدفع ركذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامه بما مقامه قال  
(فان تكفل بنفسه على انه ان لم يوف به الى وقت كذا فهو ضامن لماعليه وهو ألف فلم يحضر الى ذلك  
الوقت لزمه ضمان المال) لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافقة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد  
الشرط لزمه المال (ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس) لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه  
اذ كل واحد منهما مالا لتوثق وقال الشافعي لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر  
فأشبهه البيهق

(مطالب بالخصوصية) وفي بعض النسخ مطالب بالمحضور يعني اذا طالب الكفيل فيمكن تسليمه نفسه  
على هذا الوجه مسقطاً لذلك عن نفسه اذا طالب به بمحل الدين الذي عليه فلا يكون متبرعاً كالحل اذا قضى  
الدين بنفسه يصح قبل الطالب أو لم يقبله (وكذا اذا سلمه رسول الكفيل أو وكيله لقيامه بما مقامه) يعني  
اذا قال سلمت اليك نفسه عن الكفيل بخلاف ما اذا لم يقل ذلك بل سلم نفسه ولم يرد على ذلك أو سلمه  
الوكيل ولم يقل ما ذكرنا لا يبرأ الكفيل ولو سلمه أجنبي لأبصر الكفيل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل بذلك  
الا ان يقبله الطالب فيبرأ الكفيل حيث يشاء بخلاف ما لو سكت الطالب فلم يقل شيئاً لا يبرأ (قوله فان  
تكفل بنفسه على انه ان لم يوف به الى وقت كذا فهو ضامن لماعليه وهو ألف فلم يحضر الى ذلك الوقت فهو  
ضامن) لا لا (لان الكفالة بالمال) في هذا معلقة بشرط عدم الموافقة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد  
الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة (المعلقة) لا ينافي  
الكفالة بنفسه اذ كل منهما مالا لتوثق (وله له بطائفة بحق آخر فهذا ان مطلبان أما الاول فخالف فيه  
الشافعي فقال لا تصح هذه الكفالة (لانه) أى لان تعليق الكفالة (تعليق سبب وجوب المال بالخطر  
فأشبهه البيهق) فكلما يجوز تعليق البيع كأن يقول اذا دخلت الدار فقد بعته كذا عبائته فقبيل

صحة الكفالة وفيه خلاف  
الشافعي رحمه الله والثاني  
عدم بطلان الكفالة  
بالنفس عند أداء ما تكفل  
به من المال بعد وجود الشرط  
والدليل على الاول قوله لان  
الكفالة بالمال يعني في هذه  
الصورة معلقة بشرط عدم  
الموافقة وهو ظاهر لتصرحه  
بذكر كلمة الشرط وهذا  
التعليق يريد به تعليق  
الكفالة بالمال بعدم الموافقة  
صحيح لانه شرط متعارف  
وسند كران تعليق الكفالة  
بشرط متعارف صحيح فاذا  
صح التعليق ووجد الشرط  
لزمه المال وعلى الثاني  
قوله لان وجوب المال عليه  
بالكفالة لا ينافي الكفالة

بنفسه وتقريره ان الكفالة بالنفس لما تحققت حقاً للمكفول له لا تبطل الاجماعاً ينافيها  
من التسليم أو ابراء أو موت وليست الكفالة بالمال منافية له مالا اجتماعهما ولا ان كلا منهما مالا لتوثق فلا تبطلها وكيف تبطلها وقد  
يكون له عليه مطالبات أخرى وابطالها يفضي الى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع وعورض بأن الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة  
بالنفس ووجوب البديل ينافي وجوب المبدل منه كافي خصال الكفارة وأجيب بأن بدليتها بمنوعة فان كلا واحد منهما مامشروع  
للتوثق كما هو ككفالة بالنفس بعد مثلهما وان اجتماعهما صحيح والواقع ما اذا التواجب بخلاف خصال الكفارة على الصحيح وقال  
الشافعي هذه الكفالة أى المعلقة بالشرط لا تصح لانه أى تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبهه البيهق في لزوم المال  
بالعوض بالرجوع على الاصيل اذا كان بأمره وتعليق سبب وجوب المال بالخطر في البيع لا يجوز فكذا ههنا والجواب اننا لانعلم ان  
فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال سلمها ولكن أشبه البيهق مطلقاً أو من وجهه الاول  
ممنوع والثاني يفيد المطلوب

(قوله فيه نظراً لانه لا يلزم من انتفاء التبرع الخ) أقول فيه تأمل ثم ان الضمير في قوله فيه نظراً راجع الى ما في قوله فاذ كرى التهمة

ولأنه يشبه البيع ويشبه التذمر من حيث أنه التزام فقط لا يصح تعليقه بطلاق الشرط كحبوب الریح ونحوه ويصح بشرطه متعارف أعلا بالتبيين والتعليق بعدم الموافقة متعارف قال (ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يوف به غدا فعليه

لأنه يشبه البيع من وجه كما هو ويشبه التذمر من حيث الالتزام فشبه البيع يقتضى أن لا يجوز التعليق بالشروط كلها وشبه التذمر يقتضى جواز ذلك وأعمال الشبهين أولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كحبوب الریح ونحوه ويصح بشرطه متعارف أعلا بهما والتعليق بعدم الموافقة متعارف فان الناس تعارفوا تعليقه بعدم الموافقة متعارف) ثم ذكر خصوص الكمية في صورة المسئلة وهي الالف اتفاقا في التصوير فان الكفالة لا تتوقف صحتها على معلومية العقد المكفول به بل لا تضره جهالة المكفول به لو قال كفلت لك بمالك عليه صح ومما ثبت بالبينه أنه عليه لزمه وأما الثاني فقد نقل عن الشافعي عدم صحة الكفالتين وهو على خلاف الصحيح عنه بل الكفالة بالنفس جائزة فاعلمنا لا تصح الكفالة الثانية للتعليق وأما ثبوت صحته ما فلا يقتضى وهو الكفالة بالنفس أو لأثم الكفالة بالمال ثانياً معلقة وقد وجد الشرط فصحت كفالتهان متعدداً لما لموجب لان موجب تلك تسليم النفس وموجب الأخرى تسليم المال وليس اسقاط أحدهما مسقطاً للآخر بل جواز أن يكون له مال آخر يدعى به غير المال الذى كفل به معلقة وليس في اللفظ ما يوجب أن التزام الكفالتين على البديل الأول كانت العبارة كفلت بنفسه على أنى ان لم يوف به الى كذا كنت كفيلاً بما عني به بدل نفسه ولم يذكر كذلك بل اللفظ على ثبوت الكفالة بالنفس منجزاً بقوله كفلت بنفسه وعلى تعليق كفالة أخرى بالمال بعدم الموافقة به وقد وجد الشرط فتثبت الكفالتان ولا يخفى حينئذ أنه لو كانت المعلقة بحاله عليه بأن كفل بنفسه على أنه ان لم يوف به الى كذا فهو كفيل بكل مال عليه ينبغي أنه اذا ثبت له عليه مال فدفعه ثم اعترف بأنه لم يبق له قبله حتى أن تبطل الكفالة بالنفس حينئذ ولو توارى المكفول له عند مجيء الوقت فلم يجده الكفيل ليدفعه اليه وخاف لزوم المال عليه يرفع أمره الى القاضى لينصب وكذا فيسلبه اليه وعلى هذا لو باع على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام فتوارى حتى كادت تقضى يرفع المشتري الى القاضى لينصب وكذا عن الثائب ويرد عليه قال الفقيه أبو الليث هذا خلاف قول أصحابنا وإنما روى في بعض الروايات عن أبي يوسف ولو فعله القاضى فهو حسن ذكره في التلخيص وفيها كفيل بنفس رجل على أنه ان لم يوف به غدا فامال الذى للطالب على فلان رجل آخر وهو كذا على الكفيل جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف الأول وهما ثلاث مسائل احدها أن يكون الطالب والمطلوب واحداً في الكفالتين وأنه جائز استحساناً والثانية أن يكون الطالب مختلفاً فيما اقتبطل الكفالة بالمال سواء كان المطلوب واحداً أو اثنين وإن كان الطالب واحداً والمطلوب اثنين فهو مختلف فيه ولو كفل بنفسه الى غدا فان لم يوف به غدا فى المجلس مثلاً فعليه المال الذى عليه واشترط الكفيل على الطالب ان لم يوف به غدا فالتعبض منه فالتقيا بعد الغد فقال الكفيل قد وافت وقال الطالب قد وافت ولم يوف أنت لم يصدق واحد منهم ما فلو أقام المطلوب بينة على الموافقة برئ من الكفالتين وكما كفل على أنه ان لم يوف به فعليه المال فادعى الكفيل أنه وافى به لا يصدق ولو كفل بنفسه وقال فان غاب فلم أوافك به فانا ضامن لما عليه فهذا على أن يوافيه بعد الغيبة (قوله) ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يوف به غدا فعليه

قال المصنف (ولنا أنه يشبه البيع ويشبه التذمر الخ) أقول تعليق التذمر بالشروط صحيح قال في البدائع اذا قال ان كفلت فلانا فعلى أن أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلانا وجب عليه أن يتصدق بها انتهى

المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافاة وهذه مسئلة الجامع الصغير في وان وافقت مسئلة القدوري المذكورة في ان في كل منهما وجب المال بعدم الموافاة بالشرط لكنهما اعدمها عن باب الموت وفيما تقدمت بغيره قد كرهنا بانعدام التفرقة بين عدم الموافاة بالموت وبغيره وفيه شبهة قوية وهي أن الكفالة بالنفس اذا سقطت وجب أن يسقط ما يترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالنكاح كيداء ليست مقصودة ولهذا اذا وافى بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت اذا سقطت الاولى بالبراءة فيجب أن تسقط فيما نحن فيه لان الاولى سقطت بالموت لما تقدم ان الكفيل بالنفس يبرأ بموت المكفول به والا لزم أن يكون ما فرضناه ناكرا للغير مقصودا بالذات وذلك خلف باطل وأجاب الامام طهير الدين رحمه الله في قوائمه بأن البراءة وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالبراءة تنفسخ الكفالة من كل وجه (٣٩٨) وبالموت تنفسخ فيما يرجع الى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل

عن التسليم المستحق بعقد الكفالة لان المستحق به تسليم يقع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم ولا ضرورة الى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق هذا ما ذكره ولا يلزم ضرورة التأكيد مقصودا لان المؤكد لم يسقط بالنسبة اليه فهو تأكيد كما كان فان قيل اذن يتضرر الكفيل وهو مدفوع فلنا الالتزام منه غير مدفوع وقد التزم حيث يتحقق باحتمال الموت ولم يستثن فان قيل ترك الاستثناء ظنا منه ان بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس فكذلك ما يترتب عليها فلما دعوى منه على خلاف اطلاق لفظه في ان لم يوافق فلا يفيد في اضرار غيره قال (ومن ادعى

المال فان مات المكفول عنه ضمن المال) لتحقيق الشرط وهو عدم الموافاة قال (ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها أول لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه ان لم يوافق به غدا فعليه المائة فلم يوافق به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلفظ في دعواه) لانه علق ما لا مطلقا بخاطر ألا يرى أنه لم ينسبه الى ما عليه ولا تنصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها المال فان مات المكفول عنه) يعني بعد الغد (ضمن المال) للمكفول له ويرجع على ورثة المكفول به ان كانت الكفالة باذنه فان قيل ينبغي أن لا يجب المال اذا مات المكفول به لأن شرط صحة الكفالة بالمال بقاء الكفالة بالنفس وهي قد زالت بموت المكفول به على ما عرف وصار كما لو أبرأ المكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت أوجب بالفرق بأن البراءة وضع لفسخ الكفالة فتفسخ من كل وجه بخلاف الانفساخ بالموت انما هو ضرورة العجز عن التسليم المقيد بتقصير اذا لا ضرورة الى تقديم الى الكفالة بالمال وأما جواب المجنوبي والمبسوط بأن تعجزها بطريق التقديم والتأخير بأن يجعل كأنه كفل بالمال للحال ثم علق ابراءه بعدم الموافاة فخرج عن الظاهر احتياطاً لا يجب المال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافاة ولم يذكر في أكثر نسخ الجامع الصغير لفظ الغد ولهذا لم يذكر في الاسلام والصدور الشهيد وفاضل في ثبت الفرق بين مسئلة الجامع والقدوري بأن هذه مطلقة وتلك مقيدة بالوقت فلذا ذكرها المصنف والوجه أن هذه تفيد فائدة أخرى وهي أن عدم الموافاة اذا كان لعجز الموت لا أثر له ويثبت عنه الضمان وانما كان يتوهم أن العجز الموجب لعدم الموافاة يكون عن تقصير من الكفيل بخلاف موت المكفول عنه لانه غلب عن ذلك بأمر مما لا يحيل عليه في دفعه ولا تقصير منه فيه والا فكون تلك مقيدة وهذه مطلقة لا يفيد عدم معرفة حكم هذه اذ قد عرف أن المدار وجود الشرط ولا فرق بين المقيد والمطلق فيه هذا اذا مات المكفول به فلو مات الكفيل قبل مجيء الوقت هل يجب المال دينا في تركه اذ مضى الوقت قال طهير الدين في الاصل اشارة الى أنه يجب فانه قال ان وافى ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل المال وان أبي القبول يجبر عليه لان ائمه حق في ذلك وهو أن لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة (قوله ومن ادعى على آخر الخ) صورته في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل لزم رجل الا وادى عليه مائة دينار فبينما أولم يبينها أولزمه ولم يدع مائة دينار فقال له رجل دعه وأنا كفيل بنفسه الى غدا فان لم أو اذله به غدا فعلى

عن التسليم المستحق بعقد الكفالة لان المستحق به تسليم يقع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم ولا ضرورة الى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق هذا ما ذكره ولا يلزم ضرورة التأكيد مقصودا لان المؤكد لم يسقط بالنسبة اليه فهو تأكيد كما كان فان قيل اذن يتضرر الكفيل وهو مدفوع فلنا الالتزام منه غير مدفوع وقد التزم حيث يتحقق باحتمال الموت ولم يستثن فان قيل ترك الاستثناء ظنا منه ان بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس فكذلك ما يترتب عليها فلما دعوى منه على خلاف اطلاق لفظه في ان لم يوافق فلا يفيد في اضرار غيره قال (ومن ادعى

على آخر مائة دينار الخ) ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها بأنها جيدة أو رديئة هندية أو مصرية أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه ان لم يوافق به غدا فعليه المائة فطلبه ولم يوافق به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف آخره قال محمد ان لم يبينها حتى تكفل به ثم ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة بصفة لا تسبغ دعواه فلا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك لوجهين أحدهما ان الكفيل علق في كفالة ما لا ملاحظة عن النسبة حيث لم ينسبه الى ما عليه بأمر متردد قد يكون وقد لا يكون وهو عدم الموافاة بالمدعي عليه غدا ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بيننا الاحتمال انه لم يلزم المال الذي هو على المدعي عليه بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة لترك المدعي عليه في الحال وهذا الوجه منسوب الى الشيخ الامام أبي منصور الماتريدي وهو كما ترى يقتضي أن لا تنصح الكفالة وان بين المال وبه صرح المصنف



والثاني ان الدعوى بلا بيان غير صحيحة فلم يجب احضار النفس وحينئذ لا تصح الكفالة بالنفس فلا يصح ما يثبتني عليه او هذا منسوب الى الشيخ الامام أبي الحسن الكرخي وهو يقتضي الصحة اذا كان المال معلوما عند الدعوى (٣٩٩) ولهما ان المال ذكره معرفا لانه قال

ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلا يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذ بين ولهما ان المال ذكره معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه لا يجبر عليه ما عنده وقال لا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد فيلحق بهما الاستيثاق كما في التعزير

مائة دينار فرضي بذلك فلم يوافق به عند اقال عليه المائة الدينار في الوجهين جميعا اذا ادعى ذلك صاحب الحق انه له وهذا قول أبي يوسف وقال محمد ان ادعى ولم يبينه حتى كفل له بالمائة دينار او اوعاها به بذلك لم يلزمه في دعواه وأراد بالوجهين ما اذا بين أي ذكر أنها جديدة أو رثة أو وسط أو نحو ذلك أولم يذكر كذا قبل والأقود أن يراد بالوجهين ما اذا ادعى المائة عينها أو لا وما اذا لم يدع شيئا حتى كفل له ثم ادعى المقدار الذي سماه الكفيل لمحمد وجهان أحدهما أنه عاق التزام مال مطلق بخاطر هو عدم الموافقة اذ لم ينسب المائة الى ما عليه وهو رشوة على أن يترك المطالب في الحلال فلا يصح التزام هذا المال أو كلامه يحتمل ذلك كما يحتمل ما يدعيه فلا يثبت ذلك بالشك وعلى هذا الوجه عول أبو منصور والماتريدي وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس الثاني أن الكفالة بالنفس باطلة لان صحته موقوفة على صحة الدعوى (ولم تصح) مع جهالة المدعي به (من غير بيان فلم يجب احضار النفس فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح بالمال لانه بناء عليه) واذا لم تصح الاولى لم تصح الثانية وعلى هذا الوجه عول الكرخي وهو مبطل للكفالتين قال المصنف (ولهما أن المال ذكره معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعوى) قبل الحضور الى مجلس القاضي اتمرت من حيل الخصوم ثم يقع البيان فيه (فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فيثبت بين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها) صحة (الثانية) ونحن قد أسمناك عبارة الجامع الصغير والمال منكرفيه حيث قال فعلى مائة دينار وكذا ذكر غير واحد وكذا في المبسوط فالوجه أن يترك المقدمة الاولى ويقال انه اذا ظهرت الدعوى بألف ظهر انه أراد الألف التي سببها أحكاما بيان الكفيل كان يدري خصوص دعواه تصحيج الكلام العاقل ما أمكن فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر وحاصل هذا أنا لا نلحقكم حال صدورهما بالفساد بل الامر موقوف على ظهور الدعوى بذلك القدر فاذا ظهرت ظهر أنه انما كفل بالألف المدعي به وفي الخلاصة قال اذا كفل بنفس رجل على انه ان لم يوافق به غدا فعليه ألف درهم ولم يقل التي عليه فغدا ولم يوافق به ولا ان يقول لا شيء على والطالب يدعي ألفا والكفيل ينكر وجوبه على الاصيل فعلى الكفيل ألف درهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا شيء عليه وهذا يقتضي أن الحاصل ان أبا حنيفة وحده ويستتادهم أن الألف تجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وان كان الكفيل ينكر وجوبه به على الاصيل وسنذكر ما يظن فيها (قوله ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رضي الله عنه) قال المصنف (معناه لا يجبر) على اعطاء الكفيل (عنده) وقال لا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد (ولهذا يشترط الدعوى) وفي القصاص لانه خالص حق العبد ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك وفيه حق الله لا خلاء الارض عن الفساد

فعلى المائة فينصرف الى ما عليه وتكون النسبة موجودة فخرج عن كونه رشوة فكان المال معلوما والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الاولى وهذه التكتة في مقابلة التكتة الاولى لمحمد وقوله والعادة جرت في مقابلة الثانية وتقرر به ان المال اذ لم يكن معلوما لا بأس بذلك لأن العادة جرت بالاجمال في الدعوى في غير مجلس القضاء وهو الحيل للخصوم والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فكان أنه أراد بالمائة المطلقة في الابتداء المائة التي يدعيها وبينهما في الاخرة وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله في هذا البيان لانه يدعي صحة الكفالة قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس الخ) من توجه عليه الحد أو القصاص اذا طلب منه كفيل بنفسه بأن يحضره في مجلس القضاء لاثبات ما يدعي المدعي عليه فامتنع عن اعطائه لا يجبر عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز

اجبار الكفالة بخلاف المضاف واسناد الجواز الى الكفالة مجاز وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد فيجبر عليها كما في سائر حقوقهم وفي القصاص لانه خالص حق العبد أي لان

(قوله وفي القصاص لانه خالص حق العبد) أقول معطوف على قوله لا يجبر في حد القذف

المغلب فيه سق العبد على انخرص لما عرف أن القصص مشتمل على الحقين وحق العبد غالب وليس تفسير الجبر ههنا الحبس بل الامر باللازمة بأن يدور الطالب مع المطلوب أينما دار كي لا يتغيب فاذا انتهت الى باب داره وأراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول فان أذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وان لم يأذن له بالدخول يجلسه على باب داره ويمنعه من الدخول بخلاف الحدود والحالصة لله عند الزنا وشرب الخمر حيث لا تجوز الكفالة لهم او ان طابت نفس الكفيل به سواء أعطاها قبل اقامة البيعة أو بعدها أما قبل اقامتها فلا بد أن لا يملكه يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا تسمع دعوى احد في الزنا وشرب الخمر في ذلك يكفل بحق واجب على الاصل وبعد اقامة البيعة قبل التعديل (٤٠٠) يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا حاجة الى أخذ الكفيل (ولابي حنيفة رحمه الله

ببخلاف الحدود والحالصة لله تعالى ولا يحنفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة في حدم من غير فصل ولان مبني الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندري بالشبهات فيلحق بها الاستيثاق كما في التعزير (ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع) لانه أمكن ترتيب موجب عليه لان تسليم النفس فيه واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم ومعنى الجبر ليس أنه يجلس حتى يعطى بل يلزمه ولا بدعه يدخل بيته الا وهو معه أو يجلس معه خارج البيت أو يعطى كفيلًا (بخلاف الحدود والحالصة حق الله) كحد الزنا والشرب لا تجوز الكفالة وان طابت نفس المدعى عليه باعطاء الكفيل بعد الشهادة أو قبلها لان قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا يسمع دعوى أحد في الزنا والشرب فلم تقع الكفالة بالنفس لحق واجب على الاصل وبعد اقامة البيعة قبل التعديل أو شهادة واحد عدل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا معنى للكفالة بخلاف ما فيه حق العبد فان حضوره مجلس الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقتل حتى يجبره القاضي على الحضور ويحول بينه وبين أشغاله فتصح الكفالة باحضاره وأورد عليه ينبغي أن لا يحبس بذلك لان معنى الاستيثاق فيه أكثر أوجب بأن الحبس في هذا ليس للاحتياط لاثبات الحد بل لثمة الاعارة والفساد تعزير أو اذا لم يكفل به ماذا يصنع قال يلزمه الى وقت قيام القاضي عن المجلس فان أحضر البيعة فيها والاخلى سبيله وروى عن أبي يوسف في الذي يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلاة قال أحبسه وأؤذنه ثم أخرجه ومن يثم بالقتل والسرقة وضرب الناس فاني أحبسه وأخلده في السجن الى أن يتوب لان شر هذا على الناس وشر الاول على نفسه (ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد) رواه البيهقي وقال تفرد به عمر بن أبي عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهو من مشايخ بقية المجهولين ورواه ابن عدي في الكامل عن عمر الكلاعي وأعله قال مجهول لا أعلم روى عنه غير بقية كجروى عن سائر المجهولين (ولان مبني الكل) يعني الحدود والحالصة حق الله تعالى والتي فيها حق العبد كالقصاص (على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندري بالشبهات فيلحق بها الاستيثاق كما في التعزير) حيث يجبر المطالب على اعطاء الكفيل فيه بنفسه هذا (ولو سمحت نفسه) أي نفس المطالب (باعطاء الكفيل بلا جبر) يعني في حد القذف والقصاص (جاز لانه أمكن ترتيب موجب عليه) وهو تسليم النفس (لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم) ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة اذا سمح بها في الحدود والحالصة حق الله لان تسليم النفس واجب فيها لكن نص في الفوائد الخبازية والشاشية على أن ذلك في الحدود التي فيها للعباد حق كحد القذف لا غير كما ذكرناه من قريب ولانه معارض بوجوب الدرء

قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حدم من غير فصل) يعني بين ما هو حق العبد منه وبين ما هو خالص حتى الله قيل هذا من كلام شريح لامن كلام النبي صلى الله عليه وسلم ذكره الخصاص في أدب القاضي عن شريح وقال الصدر الشهيد في أدب القاضي روى هذا الحديث هرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولان مبني الحدود والقصاص على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بالتكفيل) فان قيل حبس باقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس أتم من أخذ الكفيل أوجب بأن الحبس لثمة على ما ذكره لا للاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندري بالشبهات فيلحق بها الاستيثاق كما في التعزير) فانه محض حق العبد

يسقط باسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويحلف فيه فيجبر المطالب على اعطاء الكفيل فيه كما في الاموال (ولو سمحت نفسه) أي لو تبرع المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في القصاص (وحد القذف صح بالاجماع لانه أمكن ترتيب موجب عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل ويحقق معنى الكفالة وهو الضم) وألحق الامام المحنزي حد السرقة بحد القذف على المذهبين

قال المصنف (قوله قيل هذا الى قوله هرفوعا) أقول القائل هو الإتياني وقال في شرحه ولنا في دفعه نظر (قوله بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندري بالشبهات) أقول تأمل في هذا التعليل كيف يثبت المعلل

قال (ولا يجبس فيها حتى يشهد شاهدان الخ) لا يجبس الحاكم في الحدود من وجبت عليه وفي بعض النسخ فيه ما أي في حد القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه أي يعرف الحاكم كونه عدلاً لأن الجبس ههنا اللمسة أي لثمة الفساد لا لاثبات المدعى لأنه يحتاج إلى شجة كاملة والتممة تثبت بأحد شطري الشهادة أما العدد أو العدالة لأن الجبس للتممة من باب دفع الفساد وهو من باب البيانات والبيانات تثبت بأحد شطريهما أو قد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جبس رجلاً بالتممة بخلاف الجبس في باب الأموال لأنه أنقص عقوبة فيه فلا يثبت إلا بشجة كاملة وحاصل الفرق أن ما كان الجبس فيه أقصى عقوبة تكفي الأموال إذا ثبتت وعدم موجبات السقوط وامتنع عن الإبقاء لا يجبس فيه إلا بشجة كاملة وما كان أقصى العقوبة فيه غير الجبس كالحدود والقصاص فإن الأقصى فيها القتل أو القلع أو الجلد جاز الجبس قبل ثبوته للتممة ولقائل أن يقول الجبس للتممة قبل ثبوت المدعى بالشجة ينافي الدرة بالشبهات والدرة ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم أدروا الحدود بالشبهات وبالإجماع على ذلك فينتفي الجبس للتممة ويمكن أن يجاب عنه بأن يحمل قولهم للتممة على أن المراد به اتهام الحاكم أيضاً بالتأون فيه وبيانه أن (٤٠١) الدرة أمور به والتروك والتأون حرام

لا فضائه إلى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه فإذا وجد أحد شطري الشهادة ولم يجبس الحاكم اتهم بأنه متعاون في ذلك وهو قاذح في عداله والإبقاء من أماله ما وربه فيجب بأحد شطري الشهادة إذا اتهم المدعي عليه بالفساد دفعاً للتممة عن الحاكم والجبس من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك وقبح تعليم الجواز حيث لم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ممن يتهم بذلك ثم إذا مع الحجة الكاملة تحمّل للدرة والله أعلم بالصواب وذكر في كتاب أدب القاضي لا يجبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد عندهما لأن أخذ الكفيل لما جاز عندهما جاز أن

قال (ولا يجبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) لأن الجبس للتممة ههنا والتممة تثبت بأحد شطري الشهادة أما العدد أو العدالة بخلاف الجبس في باب الأموال لأنه أنقص عقوبة فيه فلا يثبت إلا بشجة كاملة وذكر في كتاب أدب القاضي أن على قوله لا يجبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة قال (والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لأنه دين مطالب به يمكن الاستيفاء

(ولا يجبس في الحدود حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) أنه عدل لنفي المجهول (لأن الجبس ههنا للتممة) للاستيفاء الحد (والتممة تثبت بأحد شطري الشهادة أما العدد أو العدالة) فإذا وقعت التهمة جبس بالنص وهو ما روي به من حكيم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جبس رجلاً بالتممة وقدمنا تخريجها والكلام فيه في الحدود (بخلاف الأموال لأن الجبس أقصى عقوبة فيه) أي في المال فإنه لو ثبت المال بالبينّة العادلة وامتنع من الإبقاء يجبس فكان أقصى عقوبة فيها أما الحدود والقصاص فأقصى العقوبة فيها القتل والجبس نوع عقوبة فجاز أن يعاقب بالجبس قبل ثبوت الحد والقصاص وفي الصحاح والمغرب التهمة بالتحريك وأصل التهمة فيه وأومضت الشيء أهمه وهمه من باب ضرب أي وقع في خلدي والوهم ما يقع في القلب من الخاطر واتهمتم فلانا بكذا والاسم التهمة بالتحريك أصله أوتهممت بكافي اتككت أصله أوتككت بمعنى اعتدت فلبت الواو بياء لانكسار ما قبلها ثم أبدلت منها وأدغمت في تاء الافتعال قال المصنف (وذكر في أدب القاضي أن على قوله لا يجبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة) أذهما يقولان بجواز الكفالة فيحصل به المقصود فكان عندهما روايتان في رواية يجبس ولا يكفل وفي أخرى يكفل ولا يجبس لحصول المقصود بأحدهما ويجمع بينهما بأن المراد بالاولى يجبس أن لم يقدر على كفيل وبالثانية يكفل بلا جبس أن قدر على الكفيل ولا يخفى أن المراد بالحدود حد القذف والقصاص (قوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لأن الكفالة ضم في المطالبة بالدين والخراج دين مطالب به من جهة العباد

(٥١ - فتح القدير خامس) يستوثق به فيستغنى عن الجبس وقيل معنى كلامه أن في الجبس في الحدود والقصاص عندهما روايتان في رواية يجبس ولا يكفل وفي رواية أخرى عكسه لحصول الاستيثاق بأحدهما وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لا محالة قال (والرهن والكفالة جائزان في الخراج الخ) أورد هذه المسئلة ههنا في فعل الماعسى يتوهم أن أخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلوات دون الديون المطلقة فإن صحة الكفالة تقتضي ديناً مطالباً به مطلقاً والخراج كذلك

(قوله أي لثمة الفساد لا لاثبات المدعى) أقول لا يظهر لاثبات ثبوت (قوله ينافي الدرة) أقول لا نسلم ذلك وإنما ينافيه لو كان وضع الجبس للاستيثاق كفي التكفيل وليس كذلك بل الجبس يكون للتقرير وما نحن بصدد ذلك وقد صرحوا في الوصايا وغيرها بأن الاعتبار للوضوعات الأصلية فلا حاجة إلى ما ذكره في معرض الجواب مع اشتماله على ما لا يخفى فليتأمل (قوله ثم إذا سمع الحجة الكاملة تحمّل للدرة) أقول فيه نذكر كون الاتهام أكثر فليتأمل (قوله وقيل معنى كلامه) أقول القائل هو السكاكي (قوله أورد هذه المسئلة ههنا الخ) أقول أنت خير بأنه لا يدل على وجه إيراده في أثناء مسائل الكفالة بالنفس وهل المهم بيانه الا ذلك ولكن الظاهر أن المراد أن الكفالة بالنفس جائزة في الخراج وإن كان المفهوم من الشرح الكفالة بالخراج والامر هين

أما ترى أنه يتيسر به ويصح وجوب الزكاة ويلزم من عليه لأجله فصحت الكفالة عنه وانما قبل مطلقا يعني في الحياة والممات استمرارا من الزكاة فقام مطالب به. أمّا قوله في طاعة المطالب هو الامام وأما في الباطنة فلا كما يكون ثم ثواب الامام والكفالة به لا يجوز الا في غير مطالبهم اي في الملوك ولا كان الرهن ثوبا كالكفالة استمراريته كره في باب الكفالة قوله (لانه دين مطالب به) اشارة الى صحة الكفالة فان كان دين مبيع فمبيع المناسبات في الحياة والممات فصحت الكفالة به بالمرءة وتقرأ ولو جرد ما نزع الكفالة لأجله فيه وقوله (يتمكن الاستيفاء) اشارة الى صحة الرهن فانما انعمه كما كان الاستيفاء يكونه توفيقا بيجاب الاستيفاء فيترتب بموجب العقد في الرهن والكفالة عليه قبل في كلام المصنف الف ونشره وشي ولا بعد في قصده ذلك قال (ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه الخ) تعدد الكفلاء عن شخص واحد جميع كفاءه لا اولى على التعاقب (٤٠٣) لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة أي أن يلزم الكفيل ضم ذمته الى ذمته

فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيما قال (ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر فيما كنيلا) لان موجب التزام المطالبة هو متعدد والمتعدد التوثيق وبالثانية يزداد التوثيق ولا يتنافيان (وأما الكفالة بالمال فخايرة معلوما كان المكفول به أو مجهولا اذا كان دينيا صحبه ما قيل أن يقول تكفلت عنه بألف أو بمالك عليه أو بما يدرك في هذا البيع) لان معنى الكفالة على التوسع فيتمتع فيها بالملكية

حتى يحمس به ويلزم ويصح من وجوب الزكاة فصحت الكفالة به والرهن لاستيفاء الدين منه والخروج يمكن استيفاءه من الرهن (فأمكن ترتيب موجب العقد) أي كل من عقد الكفالة وهو مطالب الكفيل وعقد الرهن وهو الاستيفاء للخارج من الرهن فصح كل من عقد الكفالة والرهن به ونظير بما قرره ان قوله مطالب به يمكن الاستيفاء لف ونشر فالمطالبة ترجع الى الكفالة والاستيفاء يرجع الى الرهن وانما نص على خصوص هذا الدين لدفع توهّم أنه لا يجوز الكفالة به لان الخارج في حكم الصلات وجوبه لم يشرع كلز كانه لكن لما كان ملزوما للزام الدين كاذ كرناصح العقدان المذكوران بخلاف دين الزكاة فانه وان كان له مطالب من العباد وهو الامام في الاموال الظاهرة والمالك في الباطنة لا تصح الكفالة به فانه ليس بحقيقة الدين لان حاصله ايجاب تملك طائفة من المال شكرا لله على نعمة الغنى واذا لا يؤخذ من تركه جبر الاورثة عندنا ولم يخص كونه مطالب من العباد عن شبهة عدم ذلك فان المالك للعين يصدق مطالبها من جهة العباد حقيقة بل حقيقة ذلك أن يكون غير المالك مطالب بالمالك فالمالك مطالب بفتح الادم ليس غير ومطالبة الامام ليس لا يصل المستحقين الى املا كهم بل الى ما يستحقون لا بطريق المالك بخلاف سائر الديون فانها مملوكات (قوله ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر) بنفسه جاز (وهما كنيلا) بالنفس (لان موجب التزام المطالبة) وجاز تعدد الملتزمين به الزيادة التوثيق ثم اذا أسلم أحدهما نفس المكفول به لا يبرأ الآخر بالاجماع بخلاف الكفالة بالمال ان كونه ملزوما لم يطول كل بما يخصه أو على التعاقب جازت مطالبة كل واحد بالكل مثلا كذل ثلاثة معا بألف لا يطالب أحدهم الا بثلاثة او لو كذا بغيره على التعاقب طول كل واحد بالألف وأهم قضى سقطت عن الباقي (قوله وأما الكفالة بالمال) هو عدل قوله أول الباب الكفالة ضم بان كفالة بالنفس وكفالة بالمال من حيث المعنى فان المعادلة

الاصيل في المطالبة بان يكون مسئلا لربا باحتساب المكفول عنه كانه معالوب بالحسور بنفسه وله هذا قلنا ان ابراه الكفيل لا يرتد برده لرجوعه الى الزام من له الطلب على الطلب وهو خلف باطل والمقصود بتبرع الكفالة التوثيق وبالثانية يزداد التوثيق وما يزداد به الشيء لا ينافيه البتة فكان المنة تذيلا لخواصه موجودا والمناصع متفقا فانقول بامتناعه قول بلا دليل واذا صحت الثانية لم يبرأ الاول لانا نمانع هنا عما ليزداد التوثيق فلا يرى الاول ما زاد الامانة قصفا فرضناه زيادة لم يكن زيادة هذا خلف باطل وقال ابن أبي ليلى يبرأ الكفيل الاول لان التسليم لا واجب على الثاني فلو بقي واجبا على الاول كان واجبا في موضعين

وهو بناء على أصله ان الكفيل اذا كفل بالدين بري المطالب فكذلك ههنا والجواب ان ذلك يخالف الحقيقة اللغوية الصريحة والاصل موافقتها وبفضي الى عدم التفرقة بين الكفالة والحوالة فان فيه ابرأ المحيل وذلك باطل ثم اذا أسلم أحد الكفيلين نفس الاصيل الى الطالب برى دون صاحبه قال (وأما الكفالة بالمال فخايرة الخ) لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال وهي خايرة سواء كان ملزوما كره له تكفلت عنه بألف أو مجهولا كقوله تكفلت عنه بمالك عليه أو بما يدرك في هذا البيع يعني من الضمان بعد ان كان دينيا صحبه ان معنى الكفالة على التوسع فانما تبرع ابتداء فيتمتع فيها جهة المكفول به بيرة وغيره بعد ان كانت متعارفة قال المصنف (فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيما) أقول قال الاتقاني الضمير في عليه راجع الى الخارج وفيه ما راجع الى الكفالة والرهن انتمى والاظهار أن ضمير عليه للعقد وضمير في الكفالة والرهن بالخارج (قوله قيل في كلام المصنف الف ونشره وشي) أقول القائل هو الاتقاني (قوله لرجوعه الى الزام من له الطلب الخ) أقول فيه تأمل

وقوله (وعلى الكفالة بالدرك) بفتح الراء وسكونها وهو التبعة دليلاً على جوازها بالمجهول وفيه إشارة إلى نفي قول من يقول إن  
الضمان بالمجهول لا يصح لأنه التزام مال فلا يصح مجهولاً كأنه في البيع وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالإجماع وهو ضمان بالمجهول وصار  
الكفالة بمال مجهول كالكفالة بشيء أي شعبة كانت إذا كانت خطأ فأنها صحيحة وإن كانت بمجهول (٣٠٣) لا احتمال السرية والاقتصار

وإنما قيل خطأ لأن ما إذا  
كانت عمداً وقد سرت  
وكانت الشبهة بالة جارحة  
فأنها توجب القصاص  
والكفالة به لا تصح ولما مر  
ذلك في كلامه لم ينجح إلى  
التقييد به (وشرط أن يكون  
المكفول به ديناً صحيحاً)  
وفسره بأن لا يكون بدل  
الكتابة لأنه ليس بدين صحيح  
إذ الدين الصحيح هو الذي له  
مطالب من جهة العباد  
حقاً لنفسه والمطالوب  
لا يقدر على إسقاطه من  
ذمة إلا بالإبقاء وبذلك  
الكتابة ليس كذلك  
لاقتدار المكاتب أن يسقط  
البديل بتجيزه بنفسه وقيل  
لأن المولى لا يجب له على  
عبده شيء فمطالبه به  
قال (والمكفول له بالخيار  
الخ) المكفول له بخير بين  
أن يطالب الذي عليه  
الأصل أي الدين ويسمى  
الدين أصلاً لأن المطالبة  
مبنية عليه فإن مطالبة  
الدين بغير دين غير متصور  
فكانت المطالبة فرعاً  
وهذا التخيير بناء على  
ما تقدم من الكفالة ضم ذمة  
إلى ذمة في المطالبة وذلك  
يقضي قيام الأول بالبراءة  
عنها إلا إذا شرطت البراءة

وعلى الكفالة بالدرك إجماع وكفى به حجة وصار كما إذا كفل لشعبة صحته الكفالة وإن احتملت السرية  
والاقتصار وشرط أن يكون ديناً صحيحاً أو صريحاً أن لا يكون بدل الكتابة وسياً نيك في موضعه إن شاء  
الله تعالى قال (والمكفول له بالخيار أن شاء طالب الذي عليه الأصل وإن شاء طالب كفله) لأن الكفالة  
ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الأول بالبراءة عنه إلا إذا شرط فيه البراءة فحينئذ  
تتعد حوالته اعتباراً للمعنى كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ المحيل تكون كفالة (ولو طالب أحدهما  
له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما) لأن مقتضاء الضم بخلاف المالك إذا اختار تضمين أحدهما  
الغاصبين لأن اختياره أحدهما

الصريحة لو قال أما المالك فإله بالنفس وهو أقال قال كفالة بالنفس الخ والكفالة بالمال عندنا  
جائز وإن كان المال المكفول به مجهول المقدار وبه قال مالك وأحمد والشافعي في القديم وقال في  
الحديث هو ابن أبي إميل والليث وابن المنذر لا يجوز بالمجهول لأنه التزام مال مجهول فلا يجوز فلا بد من  
تعيينه لوقوع المما كسات في مبادلة المال بالمال والكفالة عقد تبرع كالذرة لا يقصد به سوى نواب  
الله أو رفع الضيق عن الحبيب فلا يبالى بما التزم في ذلك ويدل على ذلك أقسامه بلا تعيينه للمقدار حين قال  
ما كان عليه تعالى في مكان مبناها التوسع فتحملت فيه الجهالة ومن آثار التوسع فيها جواز الكفالة  
بشرط الخيار عشرة أيام بخلاف البيع وما نوقض به من أنه لو قال أنا ضامن لك ببعض مالك على فلان فإنه  
لا يصح ممنوع بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزم أن يبين أي مقدار شاء (وعلى ضمان الدرك  
إجماع) وضمن الدرك أن يقول للشيء أنا ضامن للثمن إن استحق المبيع أحدهم جواز أن يظهر  
استحقاق بعضه أو كله وقد نقل نص الشافعي رضي الله عنه على جواز ضمان الدرك وأما الاستدلال بقوله  
تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم على أن شرع من قبلنا نمرع لنا إذا قصه الله تعالى ولم يعقبه بأنكار  
فيكون أن يدعى أن جل البعير كان مقدراً معيناً كما يتعارف في زماننا أن الجمل الصادر خمسة مائة رطل فلا  
يتم الاستدلال به (وصار كالمكفول بشيء) أي خطأ فإن العمد على تقدير السرية يجب القصاص إذا  
كانت بالة جارحة ولا كفالة بالقصاص وإذا كانت خطأ ففي الكفالة بها جهة المكفول به فأنه إن  
سرت إلى النفس وجب دية النفس والأفارش الشبهة ومع ذلك صح وقد من أن المراد من الدين الصحيح  
ما لا يكون بدل الكتابة فإنه ليس بدين صحيح لأن العبد متمكن من إسقاط هذا الدين بنفسه بأن يحجز نفسه  
ولأنه ليس عليه عبده ولا دين يثبت للشيء على عبده وكذا يحجزه عن دين الزكاة فإنه دين حتى يمنع  
وجوب الزكاة لكنه ليس حقيقة الدين من كل وجه لما ذكرنا والدرك التبعة وفيه فتح الراء وسكونها (ثم  
المكفول له بالخيار أن شاء طالب الذي عليه الدين وإن شاء طالب الكفيل) وهو قول أكثر أهل العلم وعن  
مالك لا يطالب الكفيل إلا إذا تعذرت مطالبة الأصل (وله مطالبتهما) جميعاً لأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة  
وذلك يسوغ مطالبتهما أو مطالبة أيهما شاء إلا إذا شرط في الكفالة براءة الأصل فحينئذ لا يطالب الأصل  
بناءً على أنها حينئذ حوالة عقدت بلفظ الكفالة فتجوز فيها فتح جري حينئذ أحكام الحوالة كما أن  
الحوالة بشرط أن لا يبرأ الأصل تنعقد كفالة اعتباراً للمعنى فإما (بخلاف المالك) المغصوب منه  
(إذا اختار تضمين أحدهما) يعني الغاصب والغاصب الغاصب إذا قضى القاضي عليه  
بذلك ليس له أن يضم الآخر (لأن اختياره) تضمين (أحدهما) أي أن قضى القاضي عليه

فتصير حوالة اعتباراً للمعنى كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ المحيل تكون كفالة فعلى هذا أنه لا يطالبهما جميعاً جملة ومعاقباً بخلاف المالك  
إذا اختار أحد الغاصبين أي الغاصب والغاصب فإنه إذا اختار تضمين أحدهما لا يقدر على تضمين الآخر لأن اختياره أحدهما

(قوله ولما مر ذلك) أقول فيه بحث (قوله وقيل لأن المولى الخ) أقول فيه شيء ويندفع بقولنا قياساً تأمل



يتضمن التملك منه فلا يمكنه التملك من الثاني أما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التملك فوضع النسخ  
قال ( ويجوز تعاقب الكفالة بالشروط ) مثل أن يقول ما يابعت فلانا فعلى أو ما ذاب لك عليه نعلي  
أو ما غصبك فعلى والأصل فيه قوله تعالى ولم يباعه حسيل بعير وأنا بذعيرم والاجماع منعقد على صحة  
نيمان الدرر ثم الأصل أنه يصح تعليقه بيا شرط مالا ثم لها مثل

( يتضمن التملك منه ) فيبرأ الآخر بالضرورة بخلاف المطالبة عن الكفالة لا تقتضي التملك ولو فسخ  
عليه ما لم توجد حقيقة الاستيفاء ( قوله ) ويجوز تعاقب الكفالة بالشروط ) مثل أن يقول ما يابعت فلانا  
فعلى وما ذاب لك عليه أي ماوجب وثبت فعلى من ذوب الشحم لأن المعنى إن يابعت فعلى ذلك البيع  
وإن ذاب لك عليه شيء فعلى وكذا ما غصبك فعلى وإذا صحت فعليه ما يجب بالمباينة الأولى فلا يابعه  
مرة بعد مرة ولا يلزمه من المباينة الثانية ذكره في المجرى عن أبي حنيفة نسا وفي نوادر أبي يوسف رواية  
ابن سماعة يلزمه كله ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المباينة صح حتى لو يابع بعد  
ذلك لم يلزم الكفيل شيء وقيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه مع لومافان جهالة المكفول عنه تمنع  
صحة الكفالة بجهالة المكفول في الإضافة ولو قال ما يابعت من الناس فعلى ضمانه فهو باطل لتفاحش  
الجهالة بجهالة المكفول عنه وببخلاف انفراد جهالة المكفول به فانها حينئذ قليلة لتحمل والحاصل  
أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقا وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا وجهالة المكفول  
عنه في التعليق والإضافة تمنع صحة الكفالة وفي التخيير لا تمنع مثال ذلك لو قال ما ذاب لك على أحد من  
الناس أو ما يابعت أحدا فهو على لا تصح لجهالة المضمون عنه في الإضافة وكذا لو قال ما ذاب  
لأحد عليك فهو على لا تصح لجهالة المكفول له ولو قال ما غصبك فلان أو سرقك فعلى جاز لانقائمه  
ومن المثل ما غصبك أهل هذه الدار فأناله ضامن لا تصح الكفالة كأنه قال ما يجب لأعلى واحد من  
الناس فعلى وفيه لا تصح لجهالة المكفول عنه ومن يابع فلانا اليوم من يبيع فعلى لا يلزم الكفيل شيء  
لجهالة المكفول له لانه ضمن لواحد من الناس بخلاف ما لو قال لجاعة حاضر من ما يابعت فهو فعلى يصح  
فأبهم يابعه لزم الكفيل لأنه ضمن لمعينين وحينئذ يجب كون أهل الدار في المسئلة التي قبلها اليسوا  
معينين مع لومين عند المتخاطبين والأفلا فرق ومنه ما لو قال لرجلين كفالت لهما ذابا على فلان  
وهو ألف أو لهما ذابا على عليه فهو باطل لجهالة المكفول له ولو قال لرجل كفلت بمالك على فلان  
أو مالك على فلان رجل آخر جاز لانها جهالة للمكفول عنه في غير تعليقه ويكون الخيار للكفيل فيحتاج  
إلى فرق بين المكفول له وعنه في التخيير حيث يصح مع جهالة المكفول عنه دون المكفول له  
وفرق بين المكفول عنه في التخيير والإضافة حيث يصح في التخيير دون الإضافة أما الأول فمأذرك في  
الذخيرة أن الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع والمكفول له كالبايع لانه عاك ما في ذمة المكفول عنه من  
الكفيل فلا بد من التعيين ولا يصح بدون قبول المشتري وقبوله يستلزم تعيينه فكانت جهالة الطالب  
مانعة جوازها بجهالة المشتري مانعة للبيع والكفالة في حق المطالب بمنزلة الطلاق والعناق حيث صح  
من غير قبوله وأمره فلا تمنع جهالة جوازها كما لا تمنع جهالة المعتق جواز العتق وأما الفرق بين جهالة  
المكفول عنه في الأرسال والتعليق أن القياس أي جواز إضافة الكفالة لانها تعليق في حق الطالب  
وإنما جاز استحسانا للتعامل والتعامل فيما إذا كان المكفول عنه معلوما فإذا كان مجهولا لا يبيح على  
القياس وحاصل هذا أن الممثل هو الإضافة لجهالة المكفول عنه إذا عرف هذا جازنا إلى مسألة  
الكتاب فاستدل المصنف وأكثرا أصحاب بقوله تعالى وإن جاءك بعير ذئب فاصطبر عليه ولا تأخذه في الهم ولا  
بكر الجصاص تضعيف الاستدلال به لجاز أن يكون لبيان الحالة لا الكفالة وكذا قال أصحاب الشافعي  
لأن هذا القائل ضامن عن نفسه وهذا حال المستأجر لانه ضامن للأجرة عن نفسه بحكم الإجارة لا الكفالة

يتضمن التملك إذا تضمن  
القاضي بذلك فلا يمكن  
من التملك من الثاني أما  
المطالبة بالكفالة فلا تتضمن  
التملك قال ( ويجوز  
تعليق الكفالة بالشروط  
الخ ) يجوز تعاقب الكفالة  
بشرط مالا ثم مثل

أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع أو لا مكان الاستثناء منسل أن يقول إذا قدم زيد وهو المكفول عنه أو أنه عذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة أو إذا مات ولم يدع شيئاً أو إذا حل مالك عليه ولم يدفعه فعلي ولا يجوز بشرط مجرد عن الملازمة كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر وفيد يكون زيدة مكفولاً عنه لأنه إذا كان أجنياً كان التعليق به كافياً في وجوب الريح واستدل بقوله تعالى ولمن جاء به سبل بعير وأتاب زعيم فإن منادى يوسف عليه السلام علق الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو الجحى بصواع الملك وكان نداه بامر يوسف عليه السلام وشريعة من قبلنا شريعة لنا إذا قصم الله ورسله من غير انكار وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قال بعض الشافعية أن هذه الآية مجعولة على بيان العمالة لمن يأتي به لا لبيان الكفالة فهو كقول من أبق عبده من جاء به فله عشرة فلا يكون كفالة لأن الكفالة إنما تكون إذا التزم عن غيره وههنا قد التزم عن نفسه والثاني أن الآية متروكة الظاهر لأننا نتجمل على جهالة المكفول له وهي تبطل الكفالة والجواب عن الأول أن الزعيم حقيقة في الكفالة والعمل بهما أمكن واجب فكان معناه والله أعلم أن يقول المنادى للغير إن الملك يقول إن جاء به جل بعير وأتاب زعيم بذلك فيكون ضامناً (٤٠٥) عن الملك لأن نفسه فتحقق

حقيقة الكفالة وعن الثاني بأن في الآية أمرين ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له وأضافته إلى سبب الوجوب وعدم جواز أحدهما ما يدل لا يستلزم عدم جواز الآخر فإن قلت ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له فإن الأولى لا تمنع الجواز أصلاً والثانية تمنعه إذا كانت الكفالة مضافة كقوله تكفلت بما يابعت أحداً من الناس والثالثة تمنعه مطلقاً فالجواب أن الأولى منصوص على جوازها لأنه قال تعالى حمل بعير وهو غير معصوم لأنه يختلف باختلاف البعير فلم تمنع

أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع أو لا مكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو أنه عذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر

وضمنان العمالة على هذا الوجه جائز لمن أبق عبده فقال من جاء به فله كذا والدليل على أنه ليس من باب الكفالة بل هو من العمالة أن المكفول له في الآية مجهول ولا كفالة مع جهالته إلا في مسألة واحدة ستأتي وعامة المشايخ قالوا الاستدلال به صحيح فإن الزعيم حقيقة الكفيل والمؤذن إنما نادى العبر عن غيره وهو الملك فإن المعنى الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير لأنه إنما نادى بأمره ثم كفل عن الملك بالجعل المذكور لأن نفسه إلا أن فيه جهالة المكفول له فقد اشتملت على أمرين جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجوازها مضافة وقد علم انتساخ الأول بدلالة الإجماع على منعها مع جهالة المكفول له وهو لا يستلزم نسخ الآخر كما قلنا بجواز الكفالة عن الميت المفلس وبطلانها مع جهالة المكفول له وغيره لمحدث أبي قتادة في قصة الميت المدون بدرهمين فقال على هما على فصل على عليه الصلاة والسلام عليه فدل على جواز الأمرين ثم قام الدليل على انتساخ أحدهما وهو جوازها مع غيبة المكفول له ولم يبق على الآخر وهو الكفالة عن الميت المفلس ولو لم يتم هذا كفي ما تقدم من المعنى فيها ومن الإجماع على صحة ضمان الدرك ولما كان إضافة الكفالة على خلاف القياس لما ذكرنا من شبهه بالبيع إلى آخر ما تقدم اقتصر على ما يناسب مورد النص وهو أن يكون شرطاً ملائماً للشرط بأحد ثلاثة أمور أحدها أن يكون سبباً للزوم الحق وهو الذي عبر عنه المصنف (أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع) فإن استحقاقه سبب لوجوب الثمن على البائع المشتري ومن هذا القبيل ما في الآية فإن الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو الجحى بصاع الملك فإنه سبب وجوب الجعل الثاني (أن يكون شرطاً لا مكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم فلان وهو مكفول عنه) فإن قدمه سبب موصول للاستيفاء منه الثالث (أن يكون سبباً لعذر الاستيفاء مثل أن غاب عن البلد) أو هرب أو مات ولم يدع شيئاً ومن

مطلقاً والثانية إنما تمنعه لأجل الإضافة لا لجهالة فإن الكفالة المضافة إلى المستقبل بأبي القياس جوازها على ما يأتي وإنما جوزت استحساناً للتعامل والتعامل فيما إذا كان المكفول منه معلوماً فالجعله ولو باق على أصل القياس والثالثة إنما تمنعه مطلقاً لأن الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع حتى لا تصح من غير قبول الطالب وفي حق المطالب بمنزلة الطلاق والعقاق حتى تصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعقاق من غير قبول أصلاً وإذا كان بمنزلة البيع في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما أن جهالة المشتري مانعة من البيع بخلاف جانب المطالب فإن جهالته لا تمنع كما أن جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق وهذا هو الموعد بتولنا على ما يأتي

قال المصنف (وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه) أقول أي في معنى الذي ذكرناه وهو أن كل شرط ملائم لعقد الكفالة يصح تعليقه بها به قال المصنف (فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط) أقول ولا تصح الكفالة أيضاً كما ذكره الشارحون (قوله وجهالة المكفول له الخ) أقول كما إذا قيل من غصبته أنت وقتلته فأنا كفيل له عنك (قوله وهذا هو الموعد) أقول الإشارة إلى كون الكفالة بيعاً في حق الطالب فإنه إذا كاتب الكفالة تملك في حقه وإضافة التملك إلى المستقبل لا تصح لم تصح إضافة الكفالة إلى المستقبل في القياس فلينأمل

فانقول قول الكفيل مع عينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر لزيادة) وانما كان القول قوله لانه مال مجهول لزمه بقوله فصار كما اذا أقر  
بشي مجهول وانما كان مع عينه لان من جعل القول قوله قيميا كان هو خصما فيه والشئ (٤٠٧) مما يصح بذله كان القول قوله مع

عينه كالمصدق عليه بالمال  
واليه أشار بقوله لانه منكر  
لزيادة (فان اعترف المكفول  
عنه بأكثر مما أقر به لم يصدق  
على كفيله لانه اقرار على  
الغير ولا ولاية له عليه ويصدق  
في حق نفسه لولايته عليها)  
كلما رض اذا أقر في مرض  
الموت يصح اقراره في حق  
نفسه ولا يصح في حق غرماء  
ديون الصحة حيث يقدمون  
على المقر له في حالة المرض قال  
(وتجوز الكفالة بأمر المكفول  
عنه وبغير أمره الخ) الكفالة  
بأمر المكفول عنه وهو أن  
يقول ضمن عني أو تكفل عني  
وبغير أمره سيان في الجواز  
لان الدليل الدال على جوازها  
وهو قوله صلى الله عليه  
وسلم الزعيم غارم وأمثاله  
لا يفصل بين كونها بأمره أو  
بغيره ولان الكفالة التزام أن  
يطالب بما على الغير وذلك  
تصرف في حق نفسه وكل  
ما هو تصرف في النفس  
فهو لازم اذا لم يتضرر به غيره  
وغير المتضرر هنا هو  
الطالب والمطلوب فقط  
والطالب غير متضرر

قال المصنف (لانه اقرار على  
الغير ولا ولاية له عليه) أقول  
قال الزيلعي بخلاف ما اذا  
قال ما ذاب لك على فلان

فانقول قول الكفيل مع عينه في مقدار ما يعترف به) لانه منكر لزيادة (فان اعترف المكفول عنه  
بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله) لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه (ويصدق في حق نفسه) لولايته  
عليها قال (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره) لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة  
وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه

فانقول قول الكفيل في مقدار ما على المكفول عنه) مع عينه (فان اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك  
لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق) المكفول عنه (في حق نفسه)  
بما أقر به على نفسه (لولايته عليها) بخلاف قوله ما ذاب لك على فلان فهو على أو ما ثبت فأقر المطالب  
بمال لزم الكفيل لان الثبوت حصل بقوله وكذلك ذاب فانه بمعنى حصل وقد حصل باقراره بخلاف  
الكفالة بمالك عليه فانما بالدين القاشم في الحال وما ذاب ونحوه الكفالة بما سيجب والوجوب ثبت  
باقراره بخلاف ما قضى عليه لك لا يلزم الا أن يقضى القاضي ومثل مالك ما أقر لك به أمس فأقر المطالب  
أقرت له بألف أمس لم يلزم الكفيل لانه قبل ما لا واجبا عليه لا ما لا يجب عليه في الحال ولم يثبت أنه  
واجب عليه فان قال ما أقر به فأقر في الحال يلزمه ولو قامت بينة أنه أقر له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه  
لانه لم يقل ما كان أقر لك ولو أجب المطالب اليه فلزمه القاضي لم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار  
بل بذل وفي الخلاصة رجل قال ما أقر فلان به فهو على فبات الكفيل ثم أقر فلان بالمال لازم في تركه  
الضامن وكذا ضمن الدرك وفيما رجل قال لا خير بابيع فلانا فبايعته من شئ فهو على صح فان قال  
الطالب بعته متاعا بألف وقبضه مني وأقر به المطالب وبجد الكفيل يؤخذ الكفيل به استحسانا بلا  
بينه ولو بجد الكفيل والمكفول عنه البيع وأقام الطالب البينة على أحدهما أنه باعه وسلمه لزمهما  
ولو قال ان لم يعطك فلان مالك عليه فأنا ضامن بذلك لاسيما فيه عليه حتى يتقاضاه فيقول لا أعطيك  
ولومات المطالب قبل أن يتقاضاه لزم الضمان أيضا ولو لم يمت لكنه قال أنا أعطيك ان أعطاه مكانه أو  
ذهب الى السوق فأعطاه أو قال اذهب الى المنزل حتى أعطيك مالك فأعطاه فهو جائز فان قال ذلك ولم  
يعطه من يومه لزم الكفيل ولو قال ان تقاضيت فلانا مالك عليه ولم يعطك فأنا مالك عليه ضامن فبات  
المطالب قبل أن يتقاضاه بطل الضمان ولو قال ان عجز غريمك عن الاداء فهو على فالحجز يظهر  
بالجس ان حبسه ولم يؤد لزم الكفيل وفي فتاوى النسفي رجل كفل لرجل عن رجل بمال على أن  
يكفل عنه فلان بكذا من المال فلم يكفل فلان فالكفالة لازمة وليس له خيار في ترك الكفالة وفي مجموع  
النوازل جماعة طمع الوالي أن يأخذ منهم شيئا بغير حق فاختم في بعضهم ونظر الوالي بعضهم فقال  
المتفقون الذين وجدتهم الوالي لا تطعوهم علينا وما أصابكم فهو علينا بالخصص فلو أخذ الوالي منهم شيئا  
فلهم الرجوع قال هذا مستقيم على قول من يقول بجواز ضمان الجبائية وعلى قول عامة المشايخ لا يصح  
ولو كفل بماله على أن يعطيه من ودعة المكفول عنه التي عنده جازا إذا أمره بذلك وليس له أن يسترد  
الودعة منه فان هلك بئ الكفيل والقول قول الكفيل انما هلكك فلو غصبها رب الودعة أو غيره  
أو استهلكها برئ الكفيل والحالة على هذا ولو ضمن بألف على أن يعطيه اياه من عن هذا الدار فلم يعطها  
لم يكن على الكفيل ضمان ولا يلزمه بيع الدار (قوله وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره  
لاطلاق ما روينا) وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه أعظم من كونه باذن وبلاذن (ولانه)  
أي عقد الكفالة (التزام المطالبة وهو) أي هذا الالتزام (تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب بلا ضرر

فعلى فأقر فلان على نفسه بألف فأذكر الكفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به المطالب استحسانا والقياس لا يلزمه شئ لما بينا وجه  
الاستحسان أنه تكفل بما يستحب له عليه فيشترط الوجوب عليه فيما أتى بأي طريق كان في مسئلة الكتاب تكفل بما عليه في الحال  
فاذا أخبر الطالب أو المطالب ما عليه كان متما فلا يصدق ما لم يقيم البينة أه وفيه بحث

بل منتفع لا محالة والمطلوب ان تضرر فاعيا تضرر وبالرجوع عليه وذلك لا يكون الا عند الامر فالمرضى لم يضره وان امره فقد رضى  
ان الكفالة بنوعها بما يقتضيه المقتضى مع انتفاء المانع وكل ما هو

كذلك فالقول يجوز  
واجب ثم ان كفل بأمره  
رجوع عما أدى عليه لانه  
قضى دين غيره بأمره ومن  
قضى دين غيره بأمره يرجع  
عليه ولا يفتقض بما اذا كان  
المكفول عنه صبيًا محجورًا  
عليه أو عبداً كذلك  
وأمر الكفيل فانه اذا  
أدى لا يرجع على الصبي  
أصلاً ولا على العبد  
مادام رقيقاً لان المراد  
بالامر ما هو معتبر شرعاً  
وما ذكرتم ليس كذلك  
ولاعا اذا قال غيره أدعى  
زكاة مالى أو أطعم عني  
عشرة مساكين ففعل  
فقد أدى دين غيره بأمره  
ولا يرجع عليه ما لم يقل  
الامر على أى ضامن  
لان المراد بالدين هو  
الدين الصحيح وما ذكرتم  
ليس كذلك على ما تقدم  
وان كفل بغير أمره لم

يرجع

قال المصنف (لانه قضى  
دينه بأمره) أقول المراد  
أمره المعهود (قوله لان  
المراد بالامر ما هو معتبر  
شرعاً وما ذكرتم ليس  
كذلك) أقول فيه تأمل  
فانه لو لم يكن معتبراً لم  
يرجع على العبد بعد

ما عتق ثم قوله لان المراد جواب لقوله ولا يفتقض الخ  
لقوله ولا بما اذا قال لغيره الخ

على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند أمره وقد رضى به (فان كفل بأمره يرجع عما أدى عليه) لانه  
قضى دينه بأمره (وان كفل بغير أمره لم يرجع عما يؤديه)

على المطلوب) لان ضرره (بثبوت الرجوع) ولا رجوع عليه (لانه) أى الرجوع (عند أمره) عند أمره  
يكون (قد رضى به) فان كفل بأمره يرجع عما أدى لانه قضى دينه بأمره (مقيد بأمرين أحدهما  
أن يكون المطلوب ممن يصح منه الامر ولو كان صبيًا أو محجوراً أو أمر من يكفل فلا رجوع له عليه ولو كان  
عبدًا محجوراً فافتحارجع عليه بعد عتقه فلو كان الصبي مأذوناً صح أمره ويرجع الكفيل عليه  
الحكمة أمره بسبب الاذن ثانيها أن يشتمل كلامه على لفظة عني كأن يقول كفل عني اضمن عني  
لفلان أو على قوله وأنا ضامن ونحوه فلو قال اضمن الالف التى لـ لان على لم يرجع عليه عند الاداء  
لان الكائن مجرد الامر بالضممان والاعطاء مجاز أن يكون انقضاء يرجع وان يكون القصد طلب تبرعه  
بذلك فلم يلزم المال وهذا قول أبى حنيفة ومحمد بدليل ما فى اشارات الاسرار اذا قال رجل اضمن لفلان  
ألف درهم أو اقضه ألف درهم ففعل لم يرجع على الامر اذا كان خليطاً أو شريكاً وقال أبو يوسف  
يرجع لانه وجد القضاء بناء على الامر فلا بد من اعتبار الامر فيه وأن يكون كذلك الا اذا كان قاضياً  
جهة الذى أمر فصار كماله قال اقض عني ويتضمن ذلك استقراضه ومنه قلنا لا يقع عن الذى أمر  
لغا الامر لانه يصير قاضياً عن نفسه فيصير وجود الامر وعدمه سواء أما الخليط فيسبب رجوعه  
بالاجماع والخليط هو الذى يعتاد الرجل مداينته والاخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستعجار منه  
وأورده مطالبه بالفرق بين الامر فى الكفالة وبين ما اذا قال أدعى زكاة مالى أو أطعم عني عشرة مساكين  
فأدى عنه لا يرجع على الامر ما لم بشرط الضمان فيقول على أى ضامن فلم يكف بغير الامر فى الرجوع  
وان ذكر فيه لفظة عني بل حتى يشترط الضمان وفى الكفالة اكتفى به وأجاب فى الذخيرة ومبسوط  
شيخ الاسلام بأن الامر طلب التمسك من المأمور فى الفصول كلها لانه أمره أن يؤدى عنه ويقضى  
عنه وأن يكون قاضياً عنه الا بعد أن يصير المقضى به ملكاً لا أمره الآن الملك لا أمره انما ثبت فى  
ضمن ملك القابض فيثبت على وفقه فتى ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل ثبت لا أمره مثل ذلك  
والافلا وفى قضاء الدين انما ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل لانه انما تملكه بالمثل وهو الدين السابق له  
حتى لو ظهر أن لادين عليه يسترد منه المقبوض فيثبت لا أمره ملك مضمون بالمثل وليس ذلك الا للقرض  
وفى باب الزكاة والكفارة ثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل حتى لو ظهر أن لازكاة عليه لا يسترد من  
الفقيه ما قبض فيثبت لا أمره ملك مثل ذلك فلا ضمان عليه الا بالشرط والحاصل ان الامر فى الكفالة  
تضمن طلب القرض اذا ذكر لفظة عني وفى قضاء الزكاة والكفارة طلب اتمام ولو ذكر لفظة عني  
لما ذكرنا أن الملك انما ثبت للمكفول عنه على الوجه الذى ثبت للقابض وقوله (وان كفل بغير  
أمره لم يرجع) هو قول الشافعى ورواية عن أحمد وقول مالك ورواية عن أحمد يرجع كالوكيل  
بأمره لان الطالب بالاستيفاء منه كماله للماعلى المطلوب من الكفيل أو كالمقيم له مقام نفسه فى  
استيفاء المال من الاصيل وقلنا تعليق الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وحيث تساهلنا فى شئ  
من ذلك فاعلم معناه التشبيه أى هو كماله وفى الكفالة بالامر يجب المال للكفيل على الاصيل  
حكم الكفالة كما وجب للطالب على الكفيل لكن يتأخر الى أدائه وهذا لا يكون فى كفالته بالأمره

لا متبرع بأدائه والمتبرع لا يرجع وقال مالك الكفيل إذا أدى رجوع سواء كفل بأمره أو بغير أمره لأن الطالب بالاستيفاء من المال من الكفيل أو أقامه مقام نفسه في استيفاء المال من الأصيل والجراب أن تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وإذا كفل بأمره فبغير نفسه الكفيلة كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل على الأصيل ولكنه يترشح إلى أدائه وهذا لا يكون عند كفالته بغير أمره (قوله يرجع بما أدى) اعلم أن الكفيل على المكفول به في فصول من الأداء إلى صاحب الدين ومنها هبة أباه ومنها ارثه له ومنها صلته أباه على جنس آخر فاما الفصل الأول فله نوعين أحدهما أن يكون أدى ما ضمن وفيه الرجوع بما أدى لأنه أدى مثل ما ضمن والثاني أن يكون أدى خلاف ما ضمن كما إذا أدى زيوفا بدل ما ضمن من الجهاد ويجوز له ذلك أو بالعكس من ذلك وفيه الرجوع بما ضمن لا عما أدى قال المدنف (لأنه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب) والطالب لم يكن له أن يطالبه إلا بما في ذمته فكذلك من نزل منزله وقاس ذلك على فصل الهبة وهو أن يهب المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه للكفيل فان الكفيل يملكه ويرجع على الأصيل ما ضمن وعلى فصل الميراث وهو أن يموت المكفول له ويرثه الكفيل فانه يملك الدين ويرجع عما ضمن لقيامه (٤٠٩) مقام الطالب وفيه بحث من وجب بين

أحدهما أن هبة الدين للكفيل تملك الدين من غير من عليه الدين إذا الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لافي الدين والثاني أن الهبة والميراث المملوك واحد لا تعدد فيه وهو ما ضمن وأما في الاداء بخلاف ما ضمن فقد تعدد الامر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به فيما تعدد أعني ما أدى وما ضمن والجواب عن الاول بوجهين أحدهما أن تملك الدين من غير من عليه الدين يصح استحسانا إذا وهبه وأذن له في القبض فقبضه وهذا لان ذلك انما لا يصح لأنه تملك ما لا يقدر على تسليمه وإذا أذن له بالقبض صار كأنه أخرجه من الكفالة ووكاله بالقبض فقبضه ثم وهبه أباه وحينئذ يكون

لأنه متبرع بأدائه وقوله يرجع بما أدى معناه إذا أدى ما ضمنه أما إذا أدى خلافه يرجع عما ضمن لأنه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة أو بالارث وكما إذا ملكه بالمحتال عليه (لأنه متبرع) ولا يمكن اثبات المال في ذمة المطلوب بل براضاه ولذلك لا يرجع وقوله (يرجع بما أدى معناه إذا أدى ما ضمنه أما إذا أدى خلافه) فانما (يرجع بما ضمن) حتى لو كان الدين زيوفا فأدى عنها جبايا فانما يرجع بالزئوف أو كان الدين جبايا فأدى عنها زيوفا فنجوز الطالب به فيرجع بالجبايا بخلاف المأمور بأداء الدين فانه يرجع بما أدى فلو كان الدين جبايا فأدى زيوفا فيرجع بالزئوف ولو كان زيوفا فأدى جبايا يرجع بالزئوف أيضا لان رجوعه بحكم الامر ولم تدخل صفة الجودة فيما إذا كان الدين زيوفا فتمت الامر أما الكفيل فانما يرجع بحكم الكفالة وحكمها أنه يملك الدين بالاداء فيصير كالطالب لنفسه فيرجع بنفس الدين فصار كما إذا ملك الكفيل الدين بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه فان ماله عنه وكذلك إذا وهب الطالب الدين للكفيل أو تصدق به عليه فانه يملكه ويطلب به المكفول بعينه فان قيل ينبغي أن لا تصح هبة الدين من الكفيل لأن هبة الدين إنما تصح ممن عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار وهذه المسئلة استدلل من قال ان الكفالة ضم في الدين أوجب بأن هبة الدين من غير من عليه الدين انما لا تجوز إذا لم يأت في الغير في قبضه فاما إذا وهب الدين من آخر وأذن له في قبضه جاز استحسانا وهنا ما أدى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب كذا قيل والوجه أن يقال بعبء الكفالة سلطه على قبضه عند الاداء وانما اخترنا هذه العبارة لان قبض الطالب من الكفيل سقط ولا يثبت عن الدين الذي على المطلوب اذ صار ملكا له شرعا جبراً من غير اختيار من الطالب فلا يملك التسليم على ماله في ملكه والاوجه اما اعتبار الدين في ذمة الكفيل كما هو في ذمة الأصيل ويسقط عنهم ما إذا أداها أحدهما كما هو أحد القولين أو اعتباره كذلك عند الهبة فتجوز التصرف وإذا وهب الكفيل الدين لأب من قبوله بخلاف ما إذا أبرأه لأن الواجب عليه المطالبة وبالأبراء تسقط فلا يحتاج إلى القبول ولا يرتد بالرد وقوله (وكما إذا ملك المحتال عليه الدين) بالاداء إلى المحتال بأن أحال

(٥٢ - فتح القدير خامس) تملك الدين ممن عليه الدين وهو جائز والثاني أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة إذا لم يكن هناك ضرورة وأما إذا كانت فيجوز أن يجعل في الدين وهناً وقد وجدت الضرورة لأن الهبة موضوعة للملك ومن ضرورة ذلك أن يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يملك ما عليه لا ما على غيره وأمكن ذلك لأن له ولاية نقل الدين إليه باحالة الدين عليه فأمكن أن يجعل ذلك مقتضى نصرفه ما وهذا يرشدك إلى الفرق بين إبراء الدين وهبته له في أن الإبراء لا يرتد بالرد والهبة ترتد به فالإبراء سقط محض كالعناق والطلاق يكتفي مؤنته بوجوب المطالبة وذلك موجود لا يرتد بالرد والهبة لما كانت تملكها اقتضت ملكاً مقدوراً التسليم وذلك في غير من عليه الدين غير متورقة الحاجة إلى نقل الدين ليصح التملك والتمليك يرتد بالرد فكذلك لو وهب الدين من الأصيل صح الرد فكذلك من الكفيل وعن الثاني بأن التشبيه انما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع ثم إذا نزل منزله والطالب ليس له أن يطلب إلا ما ضمن له فكذلك من نزل منزله وقاس ذلك على صورة الحوالة وهو أن يحيل المدينون طلبه على رجل ليس له عليه دين وأدى المحال عليه ذلك بخلاف ما ضمن فان المحال عليه يرجع على المحيل بما ضمن لا بما أدى لأنه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب

(قوله كما يجب المال للطالب على الكفيل) أقول فيه شيء فإنه لا دين على الكفيل في الأصح



(قوله عماذ كرتافي الحوالة) قيل يريد به حوالة كفاية المنتهى (قوله بخلاف المأمور بقضاء الدين) جواب دخل تقرير الكفيل لا يرجع  
 الا اذا أدى بأمر المكفول عنه وحسنه لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الدين والمأمور يرجع عما أدى فكذلك الكفيل وتوجيهه ان  
 يقال المأمور بقضاء الدين لم يجب له على الا حشرى حيث لم يلزم بالكفالة فلا يملك الدين بالاداء حتى ينزل منزلة الطالب فيرجع عما ضمن  
 وانما الرجوع بحكم الامر بالاداء فلا بد من اعتبارهما فلما أدى الزوف على الجياد ويجوز له ذلك يرجع به بدون الجياد لان اداء المأمور به  
 لم يوجد وان عكس فكذلك لان الامر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعا بها وعلى هذا فقوله يرجع عما أدى باطلا فقه فيه تسامح وأما  
 اذا صالح الكفيل رب الدين فهو (٤١٠) على نوعين أحدهما أن يصلحه على أقل من الدين كما اذا صالح عن الالف على

عماذ كرتافي الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع عما أدى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك  
 الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصارت كما اذا أبرأ  
 الكفيل قال (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه) لانه لا يملكه قبل  
 الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انفعه دينهم ما مبادلة حكيمه قال (فان لوزم  
 بالمال كان له أن يلزم المكفول عنه حتى يخلصه) وكذا اذا حبس كان له أن يجسه لانه لحقه ما لحقه  
 من جهته فيعامله بمثل (واذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برئ الكفيل) لان براءة الاصيل  
 توجب براءة الكفيل لان الدين عليه

المدينون رجلا على رجل ليس له عليه دين فقبل الحوالة وأدى فانه يملك الدين الذي على المحيل فيرجع به  
 لا بما أدى حتى لو أدى عروضا أو دراهم عن الدين لا يرجع الا بالدين كالكفيل وكذا لو وهب  
 المحتال الدين للمحال عليه أو تصدق به عليه أو ورثه المحتال عليه من المحتال وقوله (كما كرتافي الحوالة)  
 أي حوالة كفاية المنتهى (بخلاف المأمور بأداء الدين فانه يرجع عما أدى لانه لم يملك الدين بالاداء) فانما  
 يرجع عما أدى كما كرتاه قريبا (وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف) المكفول بهما  
 (على خمسمائة) حيث يرجع عما أدى وهو الخمسمائة لا بما ضمن وهو الالف (لانه اسقاط) أو هو أبرأ  
 عن بعض الدين فيسقط البعض ولا ينتقل الى الكفيل وقوله (فصار كالو أبرأ الكفيل) يعني عن  
 خمسمائة وأخذ منه خمسمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه الا بخمسمائة فكذلك اذا صالح على  
 خمسمائة عن الالف لا يرجع الا بخمسمائة أو المعنى اذا أبرأ الكفيل عن كل الدين لا يرجع بشيء  
 فكذلك عن بعضه لا يرجع بخلاف ذلك البعض اعتبارا للبعض بالكل (قوله وليس للكفيل أن يطالب  
 المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه لانه) أي الكفيل (لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل  
 بالشراء حيث) له أن (يرجع) على الموكل بالثمن (قبل أن يؤديه لانه انفعه دينهم ما مبادلة حكيمه) فان  
 الموكل لا يستفيد الملك الا من قبل الوكيل فكان الوكيل كالبائع ولذا كان له حبس المشتري قبل قبض  
 الثمن والبايع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فكذلك الوكيل (فان لوزم) الكفيل (بالمال فله أن  
 يلزم المكفول عنه) اذا كانت الكفالة توجب الرجوع (حتى يخلصه) وكذا اذا حبس كان له أن  
 يجسه (خلاف الشافعي في الاظهر قال لانه لا دين له عليه اذا الدين لا ينتقل اليه الا بالاداء ولم يؤد  
 بعد وقتلناه لازمة وجبسه معه كما جاز أن يكون للدين جاز أن يكون لانه الذي أدخله في ذلك فعليه  
 خلاصه والافيعام له بمثل ما عامل به (قوله) واذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه حقه برئ  
 الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل) بالاجماع (لان الدين عليه) أي على الاصيل

خمس مائة وفيه يرجع بما  
 أدى لا بما ضمن لانه اسقاط  
 فكان ابراء فيما وراء بدل  
 الصلح وفيه لا يرجع الكفيل  
 على المكفول عنه على  
 ما ذكره والثاني أن يصلحه  
 على جنس آخر وفيه يملك  
 الدين فيرجع عما ضمن  
 وسأني قال (وليس للكفيل  
 أن يطالب المكفول عنه  
 بالمال) الكفيل بالمال  
 ليس له أن يطالب المكفول  
 به عنه قبل أن يؤدي عنه  
 لان الموجب للمطالبة هو  
 التملك وهو لا يملكه قبل  
 الاداء فاتت في الموجب بخلاف  
 الوكيل بالشراء حيث  
 يرجع قبل الاداء لان  
 الموجب قد وجد في حقه  
 حيث انعقد بينهما ما  
 بين الموكل والوكيل مبادلة  
 حكيمه ولهذا وجب التحالف  
 اذا اختلفا في مقدار الثمن  
 ولو كبل ولا به حبس المشتري  
 عن الموكل لاحل الثمن  
 كالبائع والمبادلة توجب  
 الملك الموجب لجواز المطالبة

قال (فان لوزم بالمال الخ) اذا لوزم الكفيل له أن يلزم المكفول عنه اذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل لانه هو  
 الذي أوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه وكذا اذا حبس كان له أن يجسه اذا كانت الكفالة بأمره وقال الشافعي رجه انه ليس له ذلك لانه  
 لا يتعلق له حق على الاصيل قبل الاداء وقتلناه هو مورط فعليه الخلاص فاذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى دينه برئ الكفيل لانه أبرأ  
 الاصيل وبراء الاصيل يستلزم ابراء الكفيل لان المطالبة بوجود الدين وقد سقط بالبراءة لم تبق المطالبة على الاصيل وهو ظاهر ولا على  
 الكفيل لان الدين لم يكن عليه في الصحيح ولم يكن عليه الا المطالبة وقد انتهت بانتهاء علمتها

(قوله فلا بد من اعتبارهما) أقول فيه تأمل

وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ وجوب أصل الدين في ذمة الكفيل أيضا على ما تقدم ولا يتوهم أن على ذلك القول براءة  
الأصيل لا توجب براءة الكفيل فان ذلك بالاجماع ويعمل بأن الكفالة لا تكون الا فيما هو مضمون على الاصيل وقد سقط الضمان عن  
الاصيل بالاداء أو الابرأ فيسقط عن الكفيل أيضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه على الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا  
فان قيل قولهم براءة الاصيل توجب براءة الكفيل منقوض بما اذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة فان براءة الاصيل فيه موجودة  
ولم توجب براءة الكفيل قلنا لا نقض في ذلك فاننا قلنا ان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل واذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة لم  
يبق هناك كفيل بل الباقي اذا لم يحال عليه ولم نقل بان براءة الاصيل توجب براءة المحال عليه (١٩٤) وان أبرأ الطالب الكفيل لم يبرأ

(الاصيل) لان على الكفيل  
المطالبة دون أصل الدين

وسقوط المطالبة عنه لا يوجب

سقوط أصل الدين لان بقاء

الدين على الاصيل بدون

الطلب أو بدون الكفيل جائز

ألا ترى انه لو مات الكفيل

ماسقط الدين عن الاصيل

(وان أبرأ الطالب عن الاصيل

فهو تأخير عن كفيله وان أبرأ

عن كفيله لا يكون تأخيرا

عن الاصيل لأن التأخير

ابراء موقت) لا سقاط المطالبة

الى غاية (فيعتبر بالابراء المؤبد)

وربما أن هذا اعتبار مع عدم

التساوي وهو باطل ألا ترى

ان الكفيل لو رد الابرأ المؤبد

لم يرتد بالرد بل يثبت الابرأ

وتسقط عنه المطالبة ولو

رد الابرأ الموقت ارتد بالرد

ووجب عليه أداء ما ضمنه

حالا والجواب ان اعتبار

شيء غيره لا يستلزم

التساوي بينهما من كل وجه

والا لا يبقى الاعتبار نعم

يحتاج الى ذكر فارق عند

في الصحيح (وان أبرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل عنه) لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه  
جائز (وكذا اذا أبرأ الطالب عن الاصيل فهو تأخير عن الكفيل ولو أبرأ عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الذي  
عليه الاصيل) لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر  
فانه يتأجل عن الاصيل لانه لاحق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخل فيه اما ههنا فبخلافه

(في الصحيح) خلافا لمن ذكر ان الدين في ذمة الكفيل كذا قيل وليس اهذ الخلاف أثرهنا بل القائل ان  
الدين في ذمة الكفيل والقائل بأنه ليس الا في ذمة الاصيل قائل بأن براءة الاصيل توجب براءة الكفيل  
لان ضمان الكفيل بشرط بقاء ضمان الاصيل ويستلزم قبول الاصيل أو موته قبل القبول والرد فان  
ذلك يقوم مقام القبول ولو رده ارتد ودين الطالب على حاله واختلف المشايخ ان الدين هل يعود الى  
الكفيل أم لا فبعضهم يعود وبعضهم لا بخلاف الكفيل فانه اذا أبرأ صح قبل أو لم يقبل ولا يرجع  
على الاصيل لما ذكرنا فربما ولو كان ابراء الاصيل أو هبته أو التصديق عليه بعدم موته فعند أي  
يوسف القبول والرد لا ورثة فان قبلوا صح وان ردوا ارتد وقال محمد لا يرتد بردهم كما لو أبرأهم في حال حيائه  
ثم مات وهذا يختص بالابراء (وان أبرأ الكفيل لم يبرأ المكفول عنه لان عليه) أي على الكفيل (المطالبة)  
دون الدين (وبقاء الدين بدونه) أي بدون المطالبة على تأويل الطالب (جائز) فلم يلزم من عدم  
المطالبة عدم الدين على الاصيل فلا يبرأ الاصيل بآرائه (وكذا اذا أبرأ عن الاصيل فهو تأخير عن  
كفيله ولو أبرأ عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الاصيل لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد)  
فان قيل الابرأ المؤبد لا يرتد بالكفيل والموقت يرتد برده وبرد الاصيل يرتدان كلاهما والجواب  
ان الفرق بينهما في حكم لا يستلزم الفرق بينهما في كل حكم وسبب الافتراق في ذلك الحكم وهو الارتداد  
بالرد وعليه ما ذكر في الذخيرة ان الابرأ المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه تعليق مال لما  
ذكرنا ان الواجب بالكفالة مجرد المطالبة والاسقاط المحض لا يحتمل الرد لتلاشي الساقط كاسقاط  
الخيار وأما الابرأ الموقت فهو تأخير مطالبة وليس باسقاط ألا ترى ان المطالبة تعود بعد الاجل  
والتأخير قابل للإبطال بخلاف الاسقاط المحض فاذا عرف هذا فاعلم يقبل الكفيل التأخير أو الاصيل  
فالمال حال يطالبان به للعالم وهذا (بخلاف ما لو كفل بالمال) أي بالدين (الحال مؤجلا الى شهر)  
مثلا (فانه يتأجل عن الاصيل) الى شهر (لانه) أي المكفول له (لاحق له حال الكفالة الا في الدين)  
فليس اذا لم يبق يقبل التأجيل سواء (فكان الاجل) الذي يشترطه الكفيل (داخليا فيه)  
فبالضرورة يتأجل عن الاصيل (اما ههنا) وهو ما اذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل (فبخلافه)

من يقول بجوازهم بين قبول أحدهما الرد دون الآخر وهو ما ذكره ان الابرأ المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل لا تعليق فيه حيث لم يكن  
عليه الا مجرد المطالبة والاسقاط المحض لا يقبل الرد كاسقاط الخيار وأما الابرأ الموقت فهو تأخير مطالبة ليس فيه اسقاط ولهذا يعود  
بعد الاجل والتأخير قابل للرد (قوله بخلاف ما اذا كفل) يجوز أن يكون جواب دخل تقريره لا نسلم ان التأخير عن الكفيل لا يكون  
تأخيرا عن الاصيل فان الكفيل اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يكون تأخيرا عن الاصيل ووجه ذلك انه ليس بتأخير عن  
الكفيل بل هو تأخير لا يصل الدين لانه لما شرط التأجيل في ابتداء الكفالة ولم يكن حينئذ حق للطالب سوى الدين لان المطالبة الحاصلة  
بالكفالة لم تثبت بعد تعين تأخيرها واذا كان تأخير الاصل الدين وهو في ذمة الاصيل تأخير عنه وعن الكفيل جميعا (اما ههنا) أي فيما اذا حل  
بعد الكفالة فأنما كان لتأخير المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تأخير أصل الدين

قال (فإن صالح الكفيل رب المال الخ) مصالحة الكفيل رب المال على أقل من قدر الدين بحسنه على أربعة أوجه هو أن يشترط براءته ما  
جميعا أو براءة المطالب خاصة أو براءة الكفيل خاصة أو لم يشترط شيء من ذلك في الأول والثاني برئ جميعا وفي الثالث برئ الكفيل عن  
خمسائة لا غير والالف بمحاله على الاصيل والطالب بالخيار أن شاء أخذ جميع دينه من الاصيل وإن شاء أخذ خمسة مائة من الكفيل  
وخمسائة من الاصيل ويرجع الكفيل (٤١٣) على الاصيل بما أدى إن كان الصلح والكفالة بأمره وفي الرابع وهو مسئلة الكتاب

قال (فإن صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل) لا بد  
أضاف الصلح الى الالف الدين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة لانه اسقاط وبراءة توجب براءة الكفيل  
ثم برئ جميعا عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره  
بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة حكمية فلهذا يرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما  
استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا البراءة الكفيل عن المطالبة قال (ومن قال لكفيل ضمن  
له ما لا قدر برئت الى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه)

لانها تقرر حكمه قبل التأجيل انه جواز المطالبة ثم طرأ التأجيل عن الكفيل فينصرف الى ما تقرر  
عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة (قوله فإن صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة) إن  
شروط براءته ما جعلا عن الخمسمائة أو شرط براءة المطالب برئ جميعا وإن شرط براءة الكفيل وحده  
برئ الكفيل عن خمسمائة والالف بتمامها على الاصيل فيرجع الكفيل بخمسمائة إن كان بأمره والطالب  
بخمسمائة بخلاف ما لو صالحه على خمسمائة على أن يهب له الباقي حيث يرجع الكفيل بالالف وإن لم  
يشترط براءة واحد منهما بأن لم يرد على قوله صالحك عن الالف على خمسمائة وهي مسئلة الكتاب (برئ  
جميعا) عن خمسمائة (لانه) أي الكفيل (أضاف الصلح الى الالف الدين وهو) أي الدين (على  
الاصيل) فيبرأ الاصيل (من خمسمائة) ومن ضرورته أن يبرأ الكفيل منه على ما ذكرنا ويرجع الكفيل  
على الاصيل بالخمسمائة التي أوفاهها ولا خلاف في هذا (بخلاف ما لو صالح بجنس آخر لانه) أي  
الصلح بجنس آخر (مبادلة فمليك) أي الدين (فيرجع بجميع الالف) وعند الأئمة الثلاثة يرجع  
بالاقل من الدين ومن قيمة السلعة التي صالح بها لانه أوفى هذا القدر ولا يجعل الصلح بجنسه مبادلة لان  
الخمسمائة لا تجعل عوضا عن الالف لما فيه من الرابا ولا يمكن تملكها من الكفيل لان تملك الدين من  
غير من عليه الدين لا يجوز ولا يمكن أن تجعل واجبة في ذمة الكفيل لتجسس الصلح مع الكفيل حتى  
تصير البراءة عن خمسمائة مشروطة لا لكفيل كالمو صلح على خلاف الجنس لان وجوبها في ذمة  
الكفيل عند الحاجة الى التملك وفي خلاف الجنس يحتاج الى التملك وفي الجنس لا يحتاج لما فيه من  
الر بابل هو اسقاط الخمسمائة فكانت البراءة عن خمسمائة مشروطة للاصيل فتسقط عنهم ما هم يرجع  
الكفيل على الاصيل بخمسمائة إذا كان كفلا بأمره (ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ  
الاصيل) لان الواجب بالكفالة المطالبة والبراءة منها من الكفالة فيبقى حال المطالبة على ما كان قبل  
الكفالة وجعل في النهاية صورة هذه المسئلة ما في المبسوط لو صالحه على مائة على ابراء الكفيل خاصة  
من الباقي رجع الكفيل على الاصيل بمائة ويرجع الطالب على الاصيل بتسعين لان ابراء الكفيل  
فسخ للكفالة (قوله ومن قال لكفيل ضمن له مالا) بأمر المكفول عنه (قد برئت الى من المال رجع الكفيل  
على المكفول عنه) بجميع الدين لان لفظ الى لا انتهاء الغاية والتكامل وهو رب الدين هو المنتهي في هذا  
التركيب فلا بد أن يكون ثم متدا وليس الا الكفيل المخاطب فأفاد التركيب براءة من المال مبدؤا من  
الكفيل ومنهاتها صاحب الدين وهذا معنى الاقرار من رب الدين وبالقبط من الكفيل كانه قال

فإن قال الكفيل للطالب  
صالحك عن الالف على  
خمسمائة ولم يرد على ذلك برئنا  
جميعا عن خمسمائة لان اضافة  
الصلح الى الالف اضافة الى  
ما على الاصيل حيث لم يكن  
على الكفيل سوى المطالبة  
فبرأ الاصيل من ذلك وبراءة  
توجب براءة الكفيل لما تقدم  
ثم برئ جميعا عن خمسمائة بأداء  
الكفيل ويرجع الكفيل  
على الاصيل بما أدى لانه أوفى  
هذا القدر بأمره وإن قال  
صالحك عما استوجب  
بالكفالة كان فسخا للكفالة  
لا اسقاطا للاصل الدين فيأخذ  
الطالب خمسمائة من الكفيل  
إن شاء والباقي من الاصيل  
ويرجع الكفيل على الاصيل  
بما أدى ومصالحته اياه بخلاف  
الجنس تملك الاصل الدين  
منه بالمبادلة فيرجع بجميع  
الالف واعترض بأنه يلزم  
تمليك الدين من غير من  
عليه الدين وذلك لا يجوز  
وأجيب بأنه جعل الدين في  
ذمة الكفيل لتصير الدنانير  
بدلا من الدين ويكون تملك  
الدين عن عليه الدين وتكون  
البراءة مشروطة للكفيل  
فيرجع على الاصيل لان

براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل بخلاف ما إذا صالح على خمسمائة حيث لا يمكن أن تكون خمسمائة بدلا عن  
الالف لكونه رافيا في الدين في ذمة الاصيل والبراءة مشروطة له وبراءة توجب براءة الكفيل فيبرأ عن خمسمائة ويرجع الكفيل  
على الاصيل بخمسمائة إذا كفلا بأمره كما ذكرنا قال (ومن قال لكفيل ضمن له مالا الخ) ذكر هذه المسائل تعلقا بالبراءة  
احداها ما ذكر فيه ابتداء البراءة من المطالب وانتهؤها الى الطالب والثانية أن يذكر ابتداءها من الطالب والثالثة بالعكس

(قوله إن كان الصلح والكفالة بأمره) أقول لوجوب كون الصلح بأمره تأمل

فالاولى أن يقول الكفيل ضمن له بأمره ما لا بد برئت الى من المال وفيها يرجع الكفيل على الاصيل لما ذكر ان البراءة التي يكون ابتداءها من المطالب أي الكفيل وانتهائها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء فكان بمنزلة أن يقول دفعت الى المال أو قبضته منك وهو اقرار بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل ولا من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل والثانية أن يقول أبرأتك وفيها لا يرجع الكفيل على الاصيل ولكن لرب الدين أن يطلب ماله من الاصيل لان ما دل عليه اللفظ براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلا يكون اقرارا بالايفاء وهاتان بالاتفاق والثالثة أن يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه قال محمد رحمه الله هو مثل أن يقول أبرأتك لانه يحتمل البراءة بالاداء والبراءة بالبراءة والثانية أدناها فثبت (قوله ولا يرجع الكفيل بالشك) يجوز أن يكون دليلا آخر وتوجيهه أن يقال يتقرب بحصول البراءة بأي الامرين كان وشككنا في الرجوع لان البراءة ان كانت بالاداء يرجع الكفيل وان كانت بالبراءة لم يرجع فلا يرجع بالشك وقال أبو يوسف هو مثل أن يقول برئت الى لانه أقر ببراءة ابتداءها من المطالب فانه ذكر حرف الخطاب وهو التام وذلك انما يكون بفعل يضاف اليه على الخصوص كما اذا قيل قت وقعت (٤١٣) مثلا وهو فيما نحن فيه الايفاء لانه يضع

المال بين يدي الطالب ويخلى بينه وبين المال فتقع البراءة وان لم يوجد من الطالب صانع فأما البراءة بالبراءة فما لا يوجد بفعل الكفيل لا تحالة وقيل أبو حنيفة مع أي يوسف رحمه الله في هذه المسئلة وكأن المصنف اختاره فأخره وهو أقرب الاحتمالين فالصبر اليه أولى وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع على واحد منهم ما ويرجع الكفيل على الاصيل ان كان كفلا بأمره والحوالة كالكفالة في هذا وهناك ثلاث مسائل أحدها هذه والثانية قال أبرأتك من المال ليس اقرارا بالقبض حتى كان للطالب ان يأخذ الاصيل به والثالثة برئت من المال ولم يقل الى فهذا اقرار بالقبض عند أبي يوسف كقوله برئت الى وعند محمد كقوله أبرأتك انما اتالا دني وهو براءة الكفيل اذ في الزائد عليه شك فلا يثبت وقرئ محمد بين هذا وبين ما لو كتب في الصك برئ الكفيل من الدراهم التي كفل بها فانه اقرار بالقبض عندهم جميعا كقوله برئت الى بتضيعة العرف فان العرف بين الناس ان الصك يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت بالايفاء وان حصلت بالبراءة لا يكتب الصك عليه فجعلت الكتابة اقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الأبراء وأبو يوسف يقول هو مثل برئت الى لانه اقرار ببراءة ابتداءها من المطالب وهو الكفيل المخاطب وحاصله اثبات البراءة منه على الخصوص مثل قت وقعت والبراءة الكائنة منه خاصة كالا يفاء بخلاف البراءة بالبراءة فانها لا تحقق بفعل الكفيل بل بفعل الطالب فلا تكون حينئذ مضافة الى الكفيل وما قاله محمد انما يتم اذا كان الاحتمالان متساويين واختلف المتأخرون فيما اذا قال المدعي عليه أبرأت المدعي من الدعوى التي يدعي على منهم من قال هو اقرار بالمال كالمال قال أبرأت من هذا المال الذي ادعاه ومنهم من قال لا يكون اقرارا لان الدعوى تكون بحق وبباطل ولو قال الكفيل أنت في حل من المال فهو كقوله أبرأتك لان لفظة الحل تستعمل في البراءة

معناه بما ضمن له بأمره لان البراءة التي ابتداءها من المطالب وانتهائها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء فيكون هذا اقرارا بالاداء فيرجع (وان قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه) لانه براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء اليه والبراءة فيثبت الادنى اذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال أبو يوسف رحمه الله هو مثل الاول لانه أقر ببراءة ابتداءها من المطالب واليه الايفاء دون الأبراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البين اليه لانه هو المحمل

والثاني ان حكم الجمل التوقف قبل البيان وههنا قد اتفقوا على العمل في الوجه الاول والثاني بالاثبات والتقي فكيف يكون مجمل مع انتفاء لازمه وأجيب بأن قوله برئت الى وان كان بمنزلة الصريح في حق ايقاء الكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بأن يقال برئت الى لاني أبرأتك وان كان بعد ادعاء الاستعمال وما ذكره في تعليل الوجه الثلاثة استدلالا لصريح في الايفاء وغير الايفاء فكان العمل به عند العجز عن العمل بالنص فلما أمكن العمل بصريح البيان من الطالب في ذلك سقط العمل بالاستدلال وان كان واضحا في دلالة على المراد وكونه غير صريح في الايفاء والبراءة الذي سوغ استعمال لفظ الجمل والرجوع الى بيان الطالب صريحا وقت حضوره لم يكون العمل به عملا بدليلا لاشبهه فيه وهذا تطويل لا طائل تحته ان كان المراد بالجمل الجمل الاصطلاحي وان كان المراد به الجمل اللغوي وهو ما كان فيه اهما فالخطب اذا جهل هونا

قال المصنف (لانه براءة لا تنتهي الى غيره) أقول الضمير في قوله لانه راجع الى ما في ضمن أبرأتك من البراءة والمعنى لان البراءة الحاصلة بأبرأتك براءة لا تنتهي

قال ( ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط الخ ) تعليق البراءة من الكفالة بالشرط مثل أن يقول إذا جاء غدا فأت برى من الكفالة لا يجوز لأنهم ليست باسقاط محض لمافيه من معنى التملك كافي سائر البراءات والتعليق إنما يصح في الاسقاط المحض وردت بالبراءة كفل بالمال بالنفس وقال ان وافيتك به غدا فأنا برى من المال فوافاه من الغد فهو برى من المال فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال عوافاة المكفول به والمسئلة في الايضاح ويروى أنه يصح لأنهم اسقاط محض كالطلاق لان على الكفيل المطالبة دون الدين على الصحيح ولهذا لا يرتد البراءة عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل والاسقاط المحض يصح تعليقه وقيل في وجه اختلاف الروايتين ان عدم الجواز إنما هو اذا كان الشرط شرطاً محضاً لا منفعة للطالب فيه أصلاً كقوله إذا جاء غدا ونحوه لانه غير متعارف فيما بين الناس كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس للناس فيه تعامل فأما اذا كان بشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعليق البراءة به صحيح كالمسئلة المنقولة من الايضاح فان الطالب فيه نفع لمافيه من ابراء بعض واستيفاء بعض ومثله متعامل ألا ترى ان صاحب الدين اذا قال عمل خمسة مائة على أنى أبرأتك من الباقي كان صحيحاً وان علق البراءة على البعض بتججيل البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما اذا كان الشرط شرطاً محضاً غير متعامل ورواية ( ٤١٤ ) الجواز على ما يقابله قال ( وكل حق لا يمكن استيفاءه من الكفيل لا تصح

الكفالة به الخ ) ذكر ضابطاً لما لا تصح الكفالة به ومعنى قوله لا يمكن لا يصح لان إمكان الضرب أو حذر الرقبة ليس بمنتهى الاحتمال لكنه لا يصح شرعاً وعبر عنه بعدم الامكان مبالغة في نفي الصحة فإذا كفل رجل عن آخر بما عليه من الحد والقصاص لم تصح كفالته حيث لا يصح الاستيفاء منه لان الاستيفاء يعتمد الايجاب عليه وهو متعذر ان الوجوب عليه اما أن يكون اصالة والقرض خلافه أو نيابة وهي لا تجرى في العقوبات قالوا لان المقصود هو الزجر وهو بالاقامة على النائب لا يحصل وفيه تشكيك وهو ان الزجر اما أن يكون

قال ( ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط ) لمافيه من معنى التملك كافي سائر البراءات ويروى أنه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطاً محضاً كالطلاق ولهذا لا يرتد البراءة عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل قال ( وكل حق لا يمكن استيفاءه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدد والقصاص ) معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجرى فيها النيابة قال ( واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز ) لانه دين كسائر الديون كالأبراء دون البراءة بالقبض قالوا في شروح الجامع الصغير هذا اذا كان الطالب غائباً فاما اذا كان حاضراً يرجع اليه في البيان انه قبض أو لم يقبض لان الاصل في الاجمال ان يرجع فيه الى المجهل في البيان والمراد من المجهل هنا ما يحتاج الى تأمل ويحتمل الجواز وان كان بعيداً كما يحتمل قوله رثت الى معنى لاني أبرأتك لاحقيقة المجهل يعني يرجع اليه اذا كان حاضراً لازالة الاحتمالات خصوصاً ان كان العرف من ذلك اللفظ مشتركاً منهم من يتكلم به ويقصد ما ذكرنا من القبض ومنهم من يقصد ابراء ( قوله ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط ) أي بالشرط المتعارف مثل ان تجلتى البعض أو دفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة أما غير المتعارف فلا يجوز كما لا يجوز تعليق الكفالة به فسقط السؤال القائل يشكك بما اذا قال الكفيل بالمال على أنى ان وافيت به غدا فأنا برى من المال فوافاه به برى من المال لان هذا شرط ملائم على انه لا ورود له لان الفرض ان فيه روايتين فهذا الفرع شاهد أحدهما ( ويروى أنه يجوز ) وهو أوجه لان المنع لمعنى التملك وذلك يتحقق بالنسبة الى المطلوب أما الكفيل فالمحقق عليه المطالبة ( فكان ) ابرأؤه ( اسقاطاً محضاً كالطلاق ولهذا لا يرتد بالرد من الكفيل بخلاف الاصيل ) لا يصح تعليقه لان فيه معنى تملك المال وقوله ( وكل حق لا يمكن استيفاءه من الكفيل لا تصح الكفالة به ك ) نفس ( الحدود ) نفس ( القصاص ) اذ لا يقتل

الكفيل

للجاني بأن لا يعود الى مثل ما فعل أو غيره فان كان الاول فقد لا يحصل المقصود كما ترى بعض المتكئين

يعودون الى الجناية وان كان الثاني فقد يحصل المقصود بالاقامة على النائب هذا في الحدود وما في القصاص فالاول منتهى قطعاً لعدم تصوره بعد الموت أصلاً لا محالة والثاني كافي الحد ولعل الاستدلال على ذلك بالاجماع أولى فانه لم يرو عن أحد من أهله خلاف في جريانه في العقوبات فيكون التشكيك حينئذ تشكيكاً في المسلمات وهو غير مسموع قال ( واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الخ ) الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة بخلاف لانه دين صحيح كسائر الديون وعلى هذا يكون ذكر كراهته هذا ذكر الكفالة بالمبيع والاعيان المذكورة بعده واعلم ان الاعيان بالنسبة الى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الاولى الى ما هو أمانة لا يضمن كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة والى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الى ما هو مضمون بغيره كالبيع والمرهون والى ما هو مضمون بنفسه كالبيع بغير فاسد والمقبوض على سوم الشراء والمقبوض والكفالة بها كلها اما أن تكون بذواتها أو بتسليمها

( قوله فان كان الاول ) أقول ويجوز أن يعكس فيقيد بطلان الاول بما ذكره في وجه بطلان الثاني وبالعكس بل هذا أظهر ( قوله فقد لا يحصل المقصود ) أقول تأمل فان عدم الحصول نادر لا يضرنا



فإن كان الأول لم تصح الكفالة فيما يكون أمانة أو مضموناً بالغير وتصح فيما يكون مضموناً بنفسه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله فعلى هذا لا تجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بأن يقول الكفيل للمشترى إن خسك المبيع فعلى بدله لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن ولا بالمرهون لانه مضمون بالدين ولا بالوديعة والمستعار والمستأجر لانها أمانة وتجاوز في المبيع بيعاً فاسداً أو المقبوض على سوم الشراء والمقبوض ويجب على الكفيل تسليم العين مادام قائماً وتسليم قيمته عند الهلاك لانها أعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك أن يجب قيمتها عند الهلاك وما لم يجب قيمتها عند الهلاك فهو مضمون بغيره كإمساك ومنع الشافعي رحمه الله الكفالة بالاعيان مطلقاً بناء على أصله أن موجب الكفالة التزام أصل الدين في الذمة فكان محلها الدين دون الاعيان وإن شرط صحة إقدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذلك يتصور في الدين دون الاعيان وقتلنا بناء على أصلنا ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة والمطالبة تقتضي أن يكون المطلوب مضموناً على الاصيل لا محالة والامانات ليست كذلك والمضمون بغيره كالبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين والقيمة غير مضمون على الاصيل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد ولو هلك الرهن في يد المرتهن (٤١٥) صار مستوفياً بالدين ولا يلزمه

مطالبته فلا تتصور الكفالة وإن كان الثاني أعني الكفالة بتسليم الاعيان المذكورة فما كان مضموناً بغيره كالبيع اذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن بعد استيفاء المرتهن من الدين جاز وذكروا في الذخيرة ان الكفالة عن المرتهن للرهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن أو برده حتى قضى الدين ولعل محلها اختلاف الروايتين فان هلك المبيع فلا شيء على الكفيل لان العقد قد انفسخ ويجب على البائع رد الثمن والكفيل لا يضمن الثمن وإن هلك

(وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح) لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء والمقبوض لا بما كان مضموناً بغيره كالبيع والمرهون ولا بما كان أمانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن أو بتسليم المستأجر الى المستأجر جاز

الكفيل بدلا عن المكفول عنه ولا يضرب وتقدم (قوله) وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح عندنا خلافاً للشافعي اعلم أن الاعيان اما مضمونة على الاصيل أو غير مضمونة بغير المضمونة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية عندنا والمستأجر والمضمونة اما مضمونة بغيرها كالبيع قبل القبض فانه مضمون بالثمن والرهن فانه مضمون بالدين فالثلاثة الاول لا تصح الكفالة بها أصلاً بناء على ائمة غير واجبة التسليم فلا يجب على الكفيل شيء وقالوا بالوديعة غير واجبة على المودع بل الواجب عدم المنع عند طاب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها بخلاف العارية فان تسليمها واجب ففتح التكفيل بتسليمها وكذلك الباقي من القسمين يصح بالتسليم ولا تصح الكفالة بها على معنى انه بعينه يجب على الكفيل فان هلك فعلياً بدله لان هذا القدر لا يجب على الاصيل بل لو هلك المبيع انما يسقط الثمن أو الرهن سقط من الدين بقدره والباقي ظاهر فلا يجب على الكفيل وعلى معنى الكفالة بتسليم العين يصح كما ذكرنا ومتى هلك فلا شيء على الكفيل وفائدته حينئذ الزام احضار العين وتسليمها ولو عجز بأن مات العبد المبيع أو الرهن أو المستأجر انفسخت الكفالة على وزان الكفالة بالنفس سواء وما ذكره شمس الأئمة السرخصي ان الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل فقد نص في الجامع الصغير أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة وكذا في المبسوط ونص القدوري انه بان تسليم المبيع جائزة ونص في التختة على جميع ما أوردها ان الكفالة بالتسليم صحيحة والوجه

الرهن عند المرتهن فكذلك لان عين الرهن ان كان بمقدار الدين أو زائداً عليه والزيادة علمه من ماله كان أمانة في يد المرتهن ولا ضمان فيها وما كان أمانة فإن كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فإن الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم ولا تجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كما لا تجوز بعينها وإن كان واجب التسليم كالمتأجر بفتح الجيم اذا ضمن رجل تسليمه الى المستأجر كمن استأجر دابة وعجل الاجر ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صححت الكفالة والكفيل مؤاخذ بتسليمها مادامت حية فان هلك فليس على الكفيل شيء لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل عن كونه مطالباً بتسليمها وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل به وترك المصنف رحمه الله ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعة إشارة الى عدم جوازها وظنه تابع شمس الأئمة السرخصي في ذلك فانه قال الكفالة بتسليم العارية باطلة قيل وهذا ليس بصواب فقد نص محمد رحمه الله في الجامع ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه نظر لان شمس الأئمة ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله قد اطلع على رواية أقوى من ذلك فاخترها

(قوله) وما لم يجب قيمته عند الهلاك أقول الموصول عبارة عن الاعيان المضمونة (قوله) فإن الواجب فيها عدم المنع الخ) أقول هو أيضاً بعد تسليمنا في أن تجوز الكفالة به على ما ذكره بعض مشايخنا (قوله) قبل وهذا ليس بصواب) أقول القائل هو البخاري

(قوله لانه التزم فعلا واجبا) دليل لما ذكره وفيه اشارة الى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون كما فصلنا (قوله ومن استأجر دابة للعمل) اعلم ان من استأجر دابة (٤١٦) معينة للعمل فكفل بتسليمها رجل صحت لما تقدم آنفا وان استأجر غير معينة للعمل فكفل

لانه التزم فعلا واجبا قال (ومن استأجر دابة للعمل عليها فان كانت بعينها انصح الكفالة بالجل) لانه عاجز عنه (وان كانت بغير عينها جازت الكفالة) لانه يمكنه الجمل على دابة نفسه والجل هو المستحق (وكذا من استأجر عبد الخدمة فكفل له رجل بخدمة فهو باطل لما بينا

عندى ان لا فرق بين الثلاثة الاول من الذبيحة ومال المضاربة والشركة وبين العارية وماله من الامانات اذ لا شك في وجوب الرد عند الطلب فان قال الواجب التولية بينه وبينها لاردها اليه فقل فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو ان يحصلها ويحلي بينه وبينه بعد احصائها اليه ونحن نعلم ان وجوب الرد ما هو اعظم من هذا ومن جمل المردود اليه قال في الذخيرة الكفالة بتكليف المودع من الاخذ صحيحة وأما مضمنة بنفسها كالمغصوب والمبيع بغير فاسد والمقبوض على سرق الشراء فتصح الكفالة فيها ويجب على الكفيل ما يجب على الاصيل وهو دفع العين فان عجز وجب قيمته أو مثله على الكفيل وفي المبسوط ادعى عبد في يد رجل فلم يقدمه الى القاضي وأخذ منه كفيل بنفسه وبالعبد فقات العبد في يد المطالب وأقام المدعى اليه ان العبد عبده بقضى القاضي بقرينة على المطالب وان شاء على الكفيل لان بالبيضة ظهر ان العبد كان مغصوبا والكفالة بالعين المغصوبة توجب على الكفيل أداء القيمة عند تعذر العين كما ان الواجب على الاصيل كذلك والقول قول الكفيل في قيمته لانه لا زيادة كالاصيل اعني الغاصب فان أقر الغاصب بأكثر الرهن الفضل ولا يصدق على الكفيل وفي المبسوط كفل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتهن ليس على الكفيل شيء لان عين الرهن والر زيادة على مقدار الدين من الرهن أمانة في يد المرتهن ولا يضمن الكفيل شيئا من ذلك بالكفالة ولو ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه وكانت قيمة الرهن تسع مائة والدين ألف مثلا ضمن الكفيل مائة لانه التزم بالكفالة دينامض مونا في ذمة الاصيل ولو استعار الراهن المرهون من المرتهن على ان أعطاه كفيلابه فهلك عند الراهن لم يلزم الكفيل شيء لانه لا ضمان للمرتهن على الاصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل أيضا ولو كان الراهن أخذ منه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل وأخذ به لان الراهن ضامن ماله بالعين هنا ألا ترى انه لو هلك في يده ضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب ولفظ المستأجر في كلام المصنف بالفتح في الموضوعين وقد مرنا أنه متى هلك كل من المبيع والرهن والمستأجر بعد الكفالة بتسليمه لاشي على الكفيل ففي المبيع والرهن تقدم ما يفيد وجهه وفي المستأجر لان الاجارة تنفسخ به وخرج الاصيل من ان يكون مطايبا بتسليم العين وانما وجب رد الاجرة والكفيل ما كفل الاجر (قوله ومن استأجر دابة للعمل فان كانت بعينها) أي أجره ان يحمله على هذه الدابة (لا تصح الكفالة لانه عاجز عن الفعل) الواجب على الاصيل وهو حمله على هذه الدابة لانه لا ملك له في هذه الدابة ليحمله عليها (وان كانت بغير عينها جازت لانه يمكنه الجمل على دابة نفسه) أو على دابة يستأجرها (والجل هو المستحق) وهو مقدور للكفيل فصحت كفالته به (ووزانه من استأجر عبد الخدمة فكفل له رجل بخدمة فهو باطل لما بينا) من انه عاجز عنه اذ لا ملك للعبد أمالو كفل بنفسه العبد المستأجر فهو صحيح على ما عرف ولو هلك لاشي على الكفيل وقال شارح في الفرق بين الجمل على العين وغير المعين بأن الدابة اذا كانت بعينها فالواجب على المؤجر تسليم الدابة لاجل فالكفالة بالجل كفالة عما لم يجب على الاصيل فلا تصح بخلاف ما اذا كانت غير معينة لان الواجب هو الجمل ويمكن ان يفاوذه من الكفيل فصحت الكفالة انتهى واعترض الاصحاب بأن الواجب ان كان ليس التسليم الدابة المعينة بسبب ان تحمله الذي عوفعه غير معقود عليه وانما المعقود عليه جمل الدابة فكذلك اجارة حمله على دابة الى مكان كذا ليس عليه سوى تسليم أي

رجل بالجل فكذلك لان المستحق هو الجمل وهو قادر عليه بالجل على دابة نفسه وان استأجرها معينة للعمل فكفل بالجل لم يصح قال المصنف (لانه) أي الكفيل (عاجز عنه) أي عن الجمل على الدابة المعينة لان الدابة المعينة ليست في ملكه والجل على دابة نفسه ليس بجمل على تلك الدابة وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لو منع صحتها لما صحت بالايمان مطلقا كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله واستدل به على عدم جوازها في الايمان مطلقا وما ذكر في الايضاح جوابا للشافعي رحمه الله وهو قوله تسليم ما التزمه متصور في الايمان المضمونة في الجملة فصحت التزامه لان ما يلزمه بعقده يعتبر فيه التصور غير دافع لان تسليم ما التزمه متصور في الجملة فكان الواجب صحتها فيما نحن فيه أيضا (وكذا اذا استأجر عبدا بعينه للخدمة فكفل له رجل بخدمة لم تصح لما بينا) أنه عاجز عما كفل به

(قوله وما ذكر في الايضاح) أقول قوله وما ذكره متداخرا يحجب بعد سطرين وهو قوله غير دافع

الح (قوله لان تسليم ما التزمه متصور في الجملة الخ) أقول لعل المراد من قوله متصور في الجملة ان التسليم مقصورا ما باعتبار عينه أو باعتبار قيمته ولا يستقيم ذلك في الجمل على دابة معينة فليتامل

قال (ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس الخ) لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد  
 رحمه الله وهو قول أبي يوسف وأولوا وقال آخر ان يجوز اذا أجاز حين بلغه ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة قبل أي نسخ كفالة المبسوط  
 وفيه تنويه بأن نسخ كفالة المبسوط لم تعدد وانما هي نسخة واحدة فالوجود في بعضها دون بعض يدل على تركه في بعض أو زبادته  
 في آخره وذكر في الايضاح وقال أبو يوسف يجوز ثم قال وذكر قوله في الاصل في موضعين فشرط الاجازة في أحدهما دون الآخر  
 وعلى هذا يجوز أن يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ المبسوط وهذا الخلاف ثابت بينهم في الكفالة بالنفس والمال جميعا  
 لأبي يوسف رحمه الله في وجه الرواية التي لم تشترط الاجازة فيها أنه تصرف (١٧٤) التزام وهو ظاهر وكل ما هو كذلك

يستتبعه الملتزم كالإقرار  
 والنذر فهذا يستتبعه  
 الملتزم ومنع كونه التزاما  
 فقط وبأن الإقرار أخبار  
 عن واجب سابق والأخبار  
 يتم بالخبر والنذر من  
 العبادات ومن له العبادات  
 لا يشترط قبوله لعدم  
 العلم به وله في وجه رواية  
 التوقف على الاجازة  
 ما ذكرنا في الفصول في  
 النكاح وهو أن يجعل  
 كلام الواحد كالعقد التام  
 فيتم توقف على ما وراء  
 المجلس لأنه لا ضرر في هذا  
 التوقف على أحد ومنع  
 عدم الضرر بجواز رفع  
 الأمر إلى قاض يرى براءة  
 الأصل عن حق الطالب  
 كما هو مذهب بعض العلماء  
 في أن الكفالة اذا صححت  
 برئ الأصل وفي ذلك ضرر  
 على الطالب ولهما أن في  
 عقد الكفالة معنى التملك  
 لأن فيه تملك المطالبة  
 من الطالب فلا يستتم  
 بعد الإيجاب الا بقبول

قال (ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو  
 يوسف رحمه الله آخر ان يجوز اذا بلغه فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس  
 والمال جميعا لأنه تصرف التزام فيستتبعه الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه  
 في الفصول في النكاح ولهما أن فيه معنى التملك وهو تملك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود  
 شرطه فلا يتوقف على ما وراء المجلس (الافى مسألة واحدة)

دابة كانت اذا لا يجب تحميه له الذي هو فعله لأنه لم يستأجر الرجل نفسه فلا فرق فينبغي ان لا يجوز  
 الكفالة فيه أيضا لأن الحمل أيضا غير واجب على الأصل بعين ما في التي قبلها والحاصل أنه ان كان  
 الحمل على الدابة تسليمها فينبغي ان تصح الكفالة قيمه مالان الكفالة بتسليم المستأجر صحيحة ولم يمنع منه  
 كون المستأجر ملكا غير المكفول وان كان التحميل ينبغي ان لا تصح فيه مالان التحميل غير واجب  
 على الأصل والحق ان الواجب في الحمل على الدابة معينة أو غير معينة ليس مجرد تسليمها بل المجموع  
 من تسليمها والاذن في تحميلها وهو ما ذكر في النهاية من التركيب وما ذكرنا من الحمل عليها في معينة  
 لا بقدر على الأذن في تحميلها اذ ليست له ولاية عليها يصح اذنه الذي هو معنى الحمل وفي غير المعينة  
 يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه أو دابة استأجرها (قوله ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في  
 المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف يجوز اذا بلغه الخبر فأجاز ولم يشترط في  
 بعض النسخ) أي نسخ كفالة الاصل عن أبي يوسف (الاجازة) بل انه ناقض ان كان المكفول له غائبا  
 وهو الاظهر عنه والحاصل أن عنه رايتين (والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا) وجه رواية  
 النفاذ (أنه التزام فيستتبعه الملتزم) ولا يتعدى له ضرر في المكفول له لان حكمه لا يوجب عليه شيئا  
 لأنه مختار في المطالبة لا مازوم فان رأى المطالبة طالبه والا وأحال المصنف وجه التوقف على  
 ما ذكره في الفصول في النكاح وهو ان شرط العقد يتوقف حتى اذا عقد فوضولى لأمراء على آخر  
 توقف على الاجازة كما اذا كان عقدا تاما بأن خاطب عنه فوضولى آخر وعندهما لا يتوقف الا ان خاطبه  
 فوضولى آخر فلا يتوقف عندهما الا العقد التام (ولهما ان فيه معنى التملك وهو تملك المطالبة منه  
 فيقوم بهما جميعا والموجود) من الموجب وحده (شروط العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس) وهذا  
 يقتضى انه لو تم عقدا بقبول فوضولى آخر توقف وقد صرح بذلك عندهما قالوا اذا قبل عنه قابل توقف  
 بالاجماع وحينئذ قوله في وضع المسئلة لا تصح الا بقبول المكفول له في المجلس غير صحيح بل الشرط ان  
 يقبل في المجلس ان كان حاضرا فتنفذ أو يقبل عنه فوضولى آخر ان كان غائبا فتتوقف الى اجازته  
 أورده وقوله (الافى مسألة واحدة) استثناء من قوله لا تصح الا بقبول المكفول له في المجلس فان هذه

(٥٣ - فتح القدير خامس) والموجود شرط العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وعلى هذا الوقف على الطالب  
 فوضولى توقف على اجازته لوجود شرطه قال (الافى مسألة واحدة الخ) استثناء من قوله لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فكانه  
 قال لا يصح ذلك عندهما الا فى مسألة واحدة استحسانا

(قوله لان نسخ كفالة المبسوط لم تعدد) أقول أي من محمد فلا يرشدني تأمل (قوله فالوجود في بعضها الخ) أقول فيه بحث (قوله  
 في بعض مواضع نسخ المبسوط) أقول فينبغي أن يطرح لنظن النسخ من البين والأمر بهن (قوله ومنع كونه التزاما فقط) أقول  
 مستندا بأنه عقد تبرع كالهبة والصدقة فلا بد من القبول (قوله وبأن الإقرار الخ) أقول في العطف تأمل

والقياس عدمها الماهر أن الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان إلا بقبوله ولأن الصحيح لو قال ذلك لورثته أو لأجنبي لم يصح فكذا المريض ولا استحسان وجهان أحدهما أن يقال إذا قال المريض لوارثه تكفل عني بعمالي من الدين فكأنه قال أوف عني ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وإن لم يسم المكفول لهم وقد تقدم أن جهالة المكفول له تفسد الكفالة ولهذا قال المشايخ إنما تصح هذه الكفالة إذا كان له مال عند الموت تصح المعنى الوصية وإذا كان في معناه لا يكون القبول في المجلس شرطاً قبل كلام المصنف تصح لأن في معنى الوصية لأنه وصية من كل وجه لأنه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض وقد ذكر في المبسوط أن هذا لا يصح في حالة الصحة وليس كذلك لأنه قال (٤١٨) لأن ذلك وصية في الحقيقة ومثل هذه العبارة تستعمل عند المحصلين فيما

وهي أن يقول المريض لوارثه تكفل عني بعمالي من الدين فكفيل به مع غيبة الغرماء (جاء) لأن ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا إنما تصح إذا كان له مال أو يقال أنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه بتفريغ ذمته وفيه نفع الطالب فصار كما إذا حضر بنفسه وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهراً في هذه الحالة فصار كالأمر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لأجنبي اختلف المشايخ فيه

المسئلة بحثت من غير قبول في المجلس ولا قبول فضولي عنه (وهي أن يقول المريض) المدينون (لوارثه) تكفل عني بعمالي من الدين فكفيل عنه (بمع غيبة الغرماء) فإنه يصح استحساناً فالغرماء مطالبته وذكر الاستحسان وجهين أحدهما أن قوله تكفل عني وصية أي فيه معنى الوصية إذا لو كانت حقيقة الوصية لم يفترق الحال بين حال الصحة والمرض في ذلك وقد ذكر في المبسوط أن ذلك لا يصح منه في حال الصحة وإذا كان معنى الوصية فكأنه إنما قال لهم أقضوا ديني فقالوا نعم إذا قالوا أنكفاناها فلذا قال المشايخ إنما يتم ذلك إذا كان له مال فإن لم يكن له مال لا تؤخذ الورثة بدونه ولو كان حقيقة الكفالة لا تؤخذ وإباحت تكفلوا بأنهم ما ذكر في المبسوط والإيضاح أن حق الغرماء يتعلق بتركه في مرض موته لا بذمته لضعفها بمرض الموت ولذا امتنع تصرفه في ماله كيف شاء واختار فنزل نائماً عن الغرماء المكفول لهم عاملاً لهم لما في ذلك من المصلحة له بتفريغ ذمته وفيه نفع الطالب المكفول له كما إذا حضر بنفسه فإن قيل غاية الأمر أن يكون كالطالب حضر بنفسه فلا بد من قبوله فإن الصادر منه حيث ذكر قوله تكفل ولو قال تكفل لي بعمالي على فلان فقال كفلت لا يتم إلا أن يقول بعد ذلك قبلت أو نحوه كالبيع إذا قال بعني بكذا فقال بعث لا ينعقد حتى يقول الأمر قبلت أجاب المصنف بقوله (أنما لا يشترط القبول) بعد قول الوارث تكفلت (لأنه) أي لأن قوله تكفلت (لا يراد به المساومة) وإنما احتج في البيع كذلك لأنه يراد به المساومة وهنا لا يراد به إلا التحقيق بدلالة هذه الحالة فإن حالة الموت ظاهرة في الدلالة على قصده إلى تحقيق الكفالة لتخليص نفسه لأعلى المساومة بها (فصار) الأمر هنا (كالأمر بالنكاح) فيما لو قال زوجه بنتك فقال زوجتها انعقد وإن لم يقل قبلت حيث كان النكاح لا تجري فيه المساومة (ولو قال المريض ذلك لأجنبي) فضمن (اختلاف المشايخ) منهم من قال لا يجوز لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام فكان المريض في حق الأجنبي والصحيح سواء ولو قال ذلك لأجنبي أو لوارثه لا يصح إلا أن يقبل الطالب ومنهم من قال يصح من الأجنبي وينزل المريض منزلة الطالب لحاجة لتضييق الحال عليه كما ذكرنا في الوارث وهو أو وجهه وما في المبسوط

إذا دل لفظ بظاهره على معنى وإذا نظر في معناه يدل على معنى آخر وحيث لا يفرق بين أن يقول في معنى الوصية أو وصية في الحقيقة والثاني أن يقال إن المريض قائم مقام الطالب لحاجته إليه أي إلى قيامه مقامه لوجود ما يقتضيه من نفع المريض بتفريغ ذمته وانتفاء المانع بوجود ما ينفيه من نفع الطالب فصار كأن الطالب قد حضر بنفسه وقال لوارث تكفل عني أبدي لي فإن قيل قيامه مقام الطالب وحضوره بنفسه ليس محل النزاع وإنما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط وهنا أجاب المصنف بقوله (وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق) أي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقيق الكفالة لا المساومة نظراً إلى ظاهر حالته التي هو

عليها فصار كالأمر بالنكاح كقول الرجل لامرأته زوجيني نفسك فقالت زوجت فإن ذلك بمنزلة قولها من زوجت وقبلت وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للاستثناء وتمثله بالأمر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما ويجوز أن يكونا مسليكين في هذه المسئلة قال (ولو قال المريض ذلك لأجنبي اختلف المشايخ الخ) إذا قال المريض لأجنبي تكفل عني بعمالي من الدين ففعل الأجنبي ذلك اختلف المشايخ

(قوله وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة) أقول الظاهر أن مراده بذلك أنه لا يشترط صريح القبول بعدما كفل الوارث بل يكفي أمره قبل ذلك بقوله تكفل عني ولا أدري كيف يذهب إلى ما ذكره وفيه تفكيك النظم وعدم ممارسته في الكلام على ما لا ينبغي

فمنهم من لم يصح ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لاقى الحياة ولا يعلمونه بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حثه سواء ولو  
قال الصحيح ذلك لاجنبي اولوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له فكذلك المريض ومنهم من صححه لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي  
اذ ائتمى دينه بامر به يرجع في تركه فيصح هذا من المريض على ان يجعل قائما مقام الطالب لتضيق الحال عليه عرض الموت كما تقدم  
ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فتركناه على القياس اوعلى انه بطريق الوصية كما هو الوجه الاخر من الاستحسان ولهذا جاز مع جهالة  
المكفول له وجواز ذلك في المرض للمفسرة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها قال (واذا مات الرجل وعليه دين الخ) اذا مات المدينون  
مفلسا ولم يكن عنه كفيل فكيفل عنه دينه انسان وارثا كان أو اجنبيا لم تصح الكفالة عند أبي حنيفة رحمه الله وقال اعي صحبة وهو  
قول الائمة الثلاثة لهم ان الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الاصيل وكل كفالة هـذا شأنها فهي صحيحة بالاتفاق فهذه صحيحة  
وانما قلنا كف بدين صحيح ثابت لأن كونه ديننا صحيا هو المفروض وثبوته اما ان يكون بالنسبة الى الدنيا أو الاخرة لا كلام في ثبوته  
وبقائه في حق أحكام الاخرة وأما في حق أحكام الدنيا فهو ثابت أيضا لانه وجب (٩٩) لحق الطالب بالاحلاف وما وجب لا ينتفي

الا بابرأه من له الحق أو بأداء  
من عليه أو بفسخ سبب  
الوجوب والمفروض عدم  
ذلك كله فدعوى سقوطه  
دعوى مجردة عن الدليل ومما  
يدل على ثبوته في حق أحكام  
الدنيا أنه لو تبرع به انسان  
صح ولو برئ المفلس بالموت  
عن الدين لم ساحل لصاحبه  
الاخذ من المتبرع واذا كان  
به كفيل أوله مال فان الدين  
باق بالاتفاق فدل على ان  
الموت لا يغير وصف الثبوت  
ومما يدل على ذلك ان المشتري  
لومات مفلسا قبل أداء الثمن  
لم يبطل العقد ولو هلك  
الثمن الذي هو دين عليه  
بموته مفلسا لبطل العقد  
مكن اشترى بفلوس في الذمة  
فدست قبل القبض بطل

قال (واذا مات الرجل وعليه دين ولم يترك شيئا فكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة  
رحمه الله وقال تصح) لانه كف بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبق في  
حق أحكام الاخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبق اذا كان به كفيل أو مال وله انه كف بدين ساقط  
لان الدين هو الفاعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب

من قوله وهذا من المريض صحيح وان لم يبين الدين ولا صاحب الدين فانه انما يصح بطريق الوصية لورثته  
بان يقضوا دينه واجهاله لا تمنع صحة الوصية مبنى على غير الوجه الارجح وهو انها كفالة ولا حاجة الى  
ذلك بل هي كفالة وجهاله المكفول به وهو الدين لا تضيق في الكفالة وقد فرض ان المريض قائم مقام  
المكفول له وهو معين فلم يكن المكفول له مجهولا حكاه هذا الاعتبار (قوله واذا مات الرجل وعليه  
دين ولم يترك شيئا) بل مات مفلسا (فتمكفل رجل للغرماء عليه لا تصح عند أبي حنيفة رحمه الله  
وقال أبو يوسف ومحمد) والائمة الثلاثة وأكثراهل العلم (تصح لانه كفل بدين ثابت) لعموم قوله صلى الله  
عليه وسلم الزعيم غارم وما روى أنه صلى الله عليه وسلم أتى بجنادة أنصارى فقال هل على صاحبكم دين  
فقالوا نعم درهمان أودينا ران فقال صاوا على صاحبكم فقام أبو قتادة وقال هما على فصلى صلى الله عليه  
وسلم عليه فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لم صلى عليه بعد الكفالة ولانه كف بدين ثابت (لانه)  
أى الدين (وجب) في حياته (لحق الطالب) وهو باق (ولم يوجد المسقط) وهو الاداء والابراء وانفساخ  
سبب وجوبه ولم يتحقق بالموت شئ من ذلك ويدل على بقائه كونه يطالب به في الاخرة (و) أنه (لو تبرع  
به انسان جاز) أخذ الطالب منه ولو سقط بالموت ما حل له أخذه وأنه لو كان به كفيل قبل موته بقيت  
الكفالة ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل بسقوطه عن الاصيل (ولا يحنيفة رحمه  
الله أنه كف بدين ساقط) في حكم الدنيا لا مطلقا والكفالة من أحكام الدنيا لا نهأتوق ليأخذها فيها لاقى  
الاخرة فلا يتصور لها وجود بلا دين كذلك (لان الدين فعل حقيقة ولذا يوصف بالوجوب)

العقد بل الثمن ولم يطل ههنا علم ان الدين باق عليه في أحكام الدنيا ولا يحنيفة رحمه الله ان الدين ساقط لان الدين هو الفعل  
حقيقة وكل فعل يقتضى القدرة والقدرة انما تكون بنفسه أو بخلفه وقد انتفت بانتفاء ما فانتفى الدين ضرورة ومعنى قوله الدين هو  
الفعل حقيقة ان المقصود الفائدة الحاصلة منه هو فعل الاداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب

(قوله فمنهم من لم يصح ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لاقى الحياة ولا يعلمونه الخ) أقول بخلاف الوارث اذا كان فانه مطالب  
بعدم موت المكفول عنه لانتقال ما يملكه اليه وتعلق حق الطالب بتركه الحاصل أن الوارث اذا كان مطالب بقضاء دين للورث باعتبار  
تعلق الدين بتركه وكون الوارث أقرب الناس اليه حتى خلفه في ماله الفاضل عن حاجته فبالتزامه الدين أولى أن يطالب به وأمكن  
حينئذ ترتيب موجب الكفالة بخلاف الاجنبي لانه لا يطالب بدينه بدون الالتزام أصلا فإلم تتحقق حقيقة شرائط صحة الكفالة  
لا تصح فافترقا وإقائل أن يقول اذا كان الوارث مطالب بدينه في الجلة كان فيه شبهة الكفالة عن نفسه فكان ينبغي أن لا يجوز كفالته  
فإذا جاز كفالة الوجهين المذكورين في الكتاب فكفالة الاجنبي وهي سالم من هذا المانع أولى أن تصح فتأمل (قوله والقدرة انما  
تكون بنفسه أو بخلفه الخ) أقول فيه شئ



يقال دين واجب كمال الصلاة واجبة والوصف بالوجوب حقيقة انما هو في الافعال فان قلت انهم حينئذ قيام العرض بالعرض وهو غير  
 جزاء بالتفريق متكلم في أهل السنة فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقرير في باب صفة الحسن للأمر به وان قلت ففسد يقال المال  
 واجب واجب اوجب اوجب بوجه (الكنه) أي الدين (في الحكم) لان تحقق ذلك الفعل في الخارج ليس الا بتفكيك طائفة من المال فوصف  
 المال بوجوب لان الاداء الموصوف به يؤثر اليه في المال فكان وصفا مجازيا فان قلت المجزئ بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبة  
 منه وذلك لا يثبت عليهم بطلان الدين في نفسه كمن كذل عن عبد محجور أو قريدين فانهم ما تصح وان تعذر المطالبة في حالة الرق قلنا غلط بعدم  
 التفرقة بين ذمة مساهلة لوجوب الحق عليه اضعفت بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم تبق أهلا للوجوب عليه او هذا التقرير كما ترى يشير  
 الى أن المتصفذ كدليل أي حنيفة بطريق المعارضة ولو أخرجه الى سبيل الممانعة بأن يقول لانسلم ان الدين ثابت بل هو ساقط  
 وسيد كر السند بقوله فان الدين (٤٣٠) هو الفعل كان أحق في وجوده والنظر على ما لا يخفى على المحصلين وتنبه

لكنه في الحكم مال لانه يؤثر اليه في المال وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فبسط ضرورة  
 والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيلا أوله مال فخلفه أو الافضاء الى الاداء باق  
 والموصوف بالاحكام الافعال (وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه) وهو الكفيل الكائن قبل سقوطه فسقط  
 في أحكام الدنيا ضرورة (والتبرع لا يعتمد قيام الدين) ولو كان بقصد الاضافة أي التبرع بالدين وهو  
 الحق فانما يعتمد قيامه بالنسبة الى من عليه دون من له والكفالة تسببه بين كل من المكفول له والاصل  
 لانه التزام ماعلى الاصيل للمكفول له ولو كان به كفيل لم يعجز بخلفه فلم يسقط الدين بموته بخلاف الكفالة  
 بعد موته فانما كفالة بعد السقوط (ولو كان له مال فالافضاء الى الاداء باق) فلم يسقط الدين فصحت كفالته  
 عن الميت الملىء وأما حديث أبي قتادة فليس فيه صريح انشاء الكفالة بل يحتمل قوله هما على كلام من  
 انشأهما والاخبار به على حد سواء ولا عموم لواقعة الحال فلا يستدل به في خصوص محل النزاع ويحتمل  
 الوعد بها وان كان مرجوحا وامتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه ليظهر طريق ابقائه سيما  
 لا بقيد طريق الكفالة فلما ظهر بوعدها أو بالاقرار بالكفالة به مما حصل المقصود وفصل عليه  
 ونوقض اثبات سقوط الدين بمسائل أحدها لو مات المشتري مفلسا قبل أدائه الثمن لا يبطل البيع ولو  
 سقط الثمن بطل ولو اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض يبطل البيع به - لاك الثمن في نفسه  
 فعلم أن سقوط الدين بالنسبة الى الدنيا لا يبطل الدين فانها أنه لو كان بالدين كفيل يبق على حاله اذا مات  
 مفلسا ولو سقط في أحكام الدنيا لم يبق الكفالة فانها لو كان بالدين رهن يبق الدين عليه بعد موته مفلسا  
 وبقاء الرهن انما يكون ببقاء الدين ولان تعذر المطالبة لمعنى لا يوجب بطلان الدين في حال الحياة كالعبد  
 المحجور اذا أقر بدين فكفل عنه به كفيل صح وان كان لا يطالب به في حال رقه فكذا في حال الموت  
 أوجب عن الاول بأن الدين لا يبطل بموته في حق المستحق حتى جاز أن يأخذه من المتبرع والكفالة تعتمد  
 قيام الدين في حق الاصيل كما ذكرنا وقد سقط به هذا الاعتبار لضرورة بطلان المحل فيتم قدر بقدر  
 الضرورة وعن الثاني بأن كساد الفلوس يبطل الملك في حق المشتري فلذلك انتقض العقد وهنا  
 الدين باق في حق صاحب الدين فلا يبطل العقد وعن الثالث بأن ذمة الكفيل السابق كفالته خلف  
 عن ذمته فلا تبطل ذمته بالموت ومثله الرهن وثما العبد فله ذمة صاحبه فتصح الكفالة وتماخر المطالبة

لهذه الشككة واستغن عن  
 اعادتها فيما هو نظيره فيما  
 شيا (قوله والتبرع لا يعتمد  
 قيام الدين) بجواب عما لا  
 ولو تبرع به انسان مع يعنى  
 ان التبرع لا يعتمد قيام الدين  
 فان من قال لفلان على ألف  
 درهم وأنا كفيل به صحت  
 الكفالة وعليه أدائه وان لم  
 يوجد الدين أصلا ولا بطلان  
 الدين انما هو في حق الميت  
 لا المستحق لان الموت يخرج  
 من قام به عن المحلية واذا كان  
 باقيا في حق المستحق حل له  
 أن يأخذ بذمته ما تبرع به  
 الغير وعلى هذا لا يبطل البيع  
 بموت المشتري مفلسا بقاءه  
 في حق البائع فان السقوط  
 في حق الميت لضرورة فوت  
 المحل فلا يتعدى الى غيره  
 بخلاف الفلوس اذا كسدت  
 فان الملك قد يبطل في حق  
 المشتري فلذلك انتقض

العقد (قوله واذا كان به كفيل) جواب عن قولهما وكذا يبق اذا كان به كفيل أوله مال وبيانه ان القدرة شرط  
 الفعل اما بنفس القادر أو بخلفه واذا كان به كفيل أوله مال فان انتفى القادر فخلفه وهو الوكيل أو المال في حق بقاء الدين باق (قوله  
 أو الافضاء) على ما هو السماع وعليه أكثر النسخ تنزل وكأنه قال الكفيل والمال ان لم يكونا خلفين فالافضاء (الى الاداء) بوجودهما (باق)  
 بخلاف ما اذا عدا ما ويجوز أن يكون في الكلام اف ونشر وتقديرة فخلفه وهو الوكيل أو الافضاء الى ما يفيض الى الاداء وهو المال باق  
 (قوله فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقرير الخ) أقول من انه صفة اضافية اعتبارية لا معنى قائم بالذات وصفت الذات به اعلى الحقيقة  
 حتى يلزم ما ذكرتم هذا ما ذكره في التقرير قبيل باب صفة الحسن للأمر به في كلامه مساهلة (قوله ولو أخرجه الى سبيل الممانعة الخ)  
 أقول أنت خير بأن منع المقدمة التي أقيم الدليل عليها خارج عن الآداب وفيما نحن بصدد كذا فان قوله وجب الحق الطالب الخ  
 اشارة الى دليل الثبوت فليست أميل (قوله وسيد كر السند بقوله الخ) أقول ذلك القول دليل السند كما لا يخفى

وعلى هذا ثبتت في القدرة ما نفى القادر أو خلفه أو ما يقضى إلى الادماء وقد وقع في بعض النسخ إذا افضاء على وجه التعليل لقوله فخلقه  
وعلى هذا يكون تقدير الكلام فخلقه باق حذفه دلالة المذكور عليه كما في قوله

نحن بما عندنا وأنت بما عندك راض والرائى مختلف

وبمعناه كل واحد من الكفيل والمالك خلف الميت لأن رجاء الادماء ما به يحصل كفاية أسراصل عند عدمه وهما  
كذلك فكانا خلفين وفيه ما ترى من التكلف مع الغنية عنه بالاولى فان قيل ان استدلال الخصم باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم  
فانه لا يفصل بين الحي والميت وبما روى أنه عليه الصلاة والسلام أتى بجنزة أنصاري لمصلي عليه فقال عليه الصلاة والسلام فهل على  
صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أوردنيان فامتنع من الصلاة عليه وقال صاوا على صاحبكم فقام على أو أبوقتادة رضي الله عنهما على  
اختلاف الروايتين وقال هما على يأرسل الله صلى الله عليه وسلم عليه ولو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لمصلي عليه  
بعدها كما امتنع قبلها ما إذا يكون جواب أبي حنيفة عن ذلك فالجواب ان قوله الزعيم غارم يدل على ان الكفيل يغرم ما كفل به والكلام  
في كفيل الميت المفلس هل هو زعيم أو لا وما حديث الانصاري فانه يحتمل أن يكون ذلك من على أو أبي قتادة اقرارا بكفالة سابقة  
فان لفظ الاقرار والانشاء قيم - ما سواء ولا عموم لحكاية الحال ويحتمل أن يكون وعدا بالتبرع ونحن نقول بجواز بدليل ما روى أنه  
عليه الصلاة والسلام كان يقول لعلي ما فعل الديناران حتى قال يوما قضيت ما فقال الآن ( ٣٩ ع ) بردت عليه جلده ولم يجبره على الادماء

ولو كان كفالة لا جبره على ذلك والحق ان من قال بأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة لزمه القول ببطالان الكفالة عن الميت المفلس لعدم ما يضمن اليه وجاحده متساهل حيث لم يثبت من الشرع جيل الذمة المعدومة موجودة والله أعلم قال ( ومن كفيل عن رجل بألف الخ ) رجل كفيل عن رجل بألف عليه بأمرة بالقبض على ما ذكره من يعطيه على تأويل المال أو المكفول به الا لزم من قوله كفيل عن رجل وصاحب المال مفعول أول يعطى والمفعول الثاني هو ضمير المال المقدم في يعطيه ( فليس له ) أي ليس للرجل المكفول عنه ( أن يرجع فيها ) وهو وجهه للشافعي وفي وجه آخر له أن يرجع وهو قول مالك وأحمد بناء على أنه أمانة عنده ما لم يقض الاصيل ونحن نبين أنه يملكه وان الأمانة ما إذا كان دفعه إلى الكفيل على وجه الرسالة إلى الطالب ولو لم يملكه فقد تعلق به حقه وهذا الوجه الأول من الوجهين الآخرين ذكروهما المصنف ( لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال ) الخاقاني قال كفاية المجبة للساعي تعلق به حق القابض على احتمال أن يستمر الحول والنصاب كامل فلم يجوز استرداده شرعا ما بقي هذا الاحتمال ( الوجه الثاني ) أنه أي القابض ( مملكه بالقبض على ما ذكر ) يريد ما ذكره بعد سطر في تعليل طيب

قال ( ومن كفيل عن رجل بألف عليه بأمرة فقضاه الألف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها ) لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كن عمل زكاته ودفعها إلى الساعي ولا نه مملكه بالقبض على ما ذكره بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تحض أمانة في يده

لحق المولى كما أن الدين ثابت في ذمة المفلس الحي وان كان لا يطالب به ( قوله ) ومن كفيل عن رجل بألف عليه بأمرة فقضاه أي قضى الرجل المكفول عنه الكفيل ( الألف ) التي كفل بها ( قبل أن يعطيه ) أي قبل أن يعطى الكفيل الألف ( صاحب المال ) وذ كره من يعطيه على تأويل المال أو المكفول به الا لزم من قوله كفيل عن رجل وصاحب المال مفعول أول يعطى والمفعول الثاني هو ضمير المال المقدم في يعطيه ( فليس له ) أي ليس للرجل المكفول عنه ( أن يرجع فيها ) وهو وجهه للشافعي وفي وجه آخر له أن يرجع وهو قول مالك وأحمد بناء على أنه أمانة عنده ما لم يقض الاصيل ونحن نبين أنه يملكه وان الأمانة ما إذا كان دفعه إلى الكفيل على وجه الرسالة إلى الطالب ولو لم يملكه فقد تعلق به حقه وهذا الوجه الأول من الوجهين الآخرين ذكروهما المصنف ( لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال ) الخاقاني قال كفاية المجبة للساعي تعلق به حق القابض على احتمال أن يستمر الحول والنصاب كامل فلم يجوز استرداده شرعا ما بقي هذا الاحتمال ( الوجه الثاني ) أنه أي القابض ( مملكه بالقبض على ما ذكر ) يريد ما ذكره بعد سطر في تعليل طيب

قضاء على وجه الاقضاء بأن دفع المال اليه وقال اني لا آمن من أن يأخذ الطالب منك حقه فخذها قبل أن تؤدي فقضاه أو على وجه الرسالة وهو أن يقول الاصيل لا كفيل خذ هذا المال وادفع إلى الطالب فان كان الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها أي في الألف المدفوع وأنشبه باعتبار الدراهم لانه تعلق به حق القابض وهو الكفيل على احتمال قضائه الدين فبطل هذا الاحتمال بأداء الاصيل بنفسه حق الطالب ليس له أن يسترده لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه مادام باقيا للثلاث يكون سعيان نقض ما أوجبه وهذا كن عمل الزكاة ودفعها إلى الساعي لانه ليس له أن يستردها لان الدفع كان لغرض وهو أن يصير كاة بعد الحول فإدام الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ولان الكفيل مملكه بالقبض على ما ذكره وان كان الثاني فليس له أن يسترده أيضا لانه تعلق بالمؤدي حق الطالب والمطالب يبطل ذلك باسترداده فلا يقدر عليه لكنه لم يملكه لانه تحض في يده أمانة

( قوله فالجواب أن قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم الخ ) أقول لوضح هذا الم يتم استدلال الحنفية على صحة الكفالة بالنفس بهذا الحديث فليس لم ( قوله ولو كان كفالة لا جبره على ذلك ) أقول في الملازمة كلام فان الاجبار موقوف على طلب الدائن حقه ( قوله والحق ان قوله لعدم ما يضمن اليه ) أقول لعلمهم بقولون بضعف الذمة بالموت كما ذكر في كتب الأصول لانها تخرب قال المصنف ( فليس له أن يرجع فيها ) أقول الضمير المؤنث في فيها راجع إلى الألف على تأويل الدراهم ( قوله لأن الدفع اذا كان لغرض لا يجوز ) أقول قال الاتقاني وهذا الدفع لغرض وهو أن يصير المدفوع حقا للقابض على تقدير أداء الدين من مال الكفيل انتهى وفيه شيء

فان تدبر الكفيل لم يقبضه على وجه الاقتضاء ويرج فيه فالرجح له لا يجب عليه التصديق به لانه ملكه حين قبضه والرجح الحاصل من  
 ملكه طيب لا لا محالة وانما ذلك لانه ملكه حين قبضه لان قضاء الدين اما ان يحصل من الكفيل او من الاصيل فان كان الاول فظاهر  
 انه قبض ما وجب له فملكه من حين قبضه لكن قبض الدين المؤجل مجعلا وان كان الثاني فلائنه وجب الكفيل على المكفول عنه مش  
 ما وجب للطالب على الكفيل قال في النهاية وذلك لان الكفالة توجب دينين ديناً للطالب على الكفيل وديناً لا الكفيل على المكفول عنه  
 لكن دين الطالب سال ودين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء من حيث تأخير مطالبة ما وجب له على المكفول عنه الى ما بعد الاداء ولهذا  
 لم يأخذ الكفيل من الاصيل رهنا بهذا المال صح بمنزلة ما لو أخذ رهنا بدين مؤجل ولو أبرأ الكفيل الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين  
 او وهبه منه يجوز حتى لو اداه الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الاصيل وقال كذا ذكره الامام قاضيان والامام المحجوب  
 وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهرا والمساائل المستشهد بها ولكن لا يوافق ما تقدم من ان الصحيح ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في  
 المطالبة فانه على هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب على الاصيل من المطالبة الا ان  
 مطالبة الطالب حالة ومطالبة الكفيل آخرة الى وقت الاداء فنزل ما وجب للكفيل على الاصيل من المطالبة بمنزلة الدين المؤجل ولهذا لا  
 يكونه نازلا بمنزلة لو أبرأ الكفيل (٤٣٢) المطلوب قبل ادائه صح وكذا اذا أخذ رهنا او وهبه منه والى هذا ذهب

(وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به) لانه ملكه حين قبضه أما اذا قضى الدين فظاهر وكذا  
 اذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب  
 الطالب عليه الا انه آخرة المطالبة الى وقت الاداء فنزل بمنزلة الدين المؤجل ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب  
 قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه بملكه الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع المالك فيما لا يتعين  
 الربح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله (لانه ملكه حين قبضه) أما اذا قضى الدين فظاهر وكذا الوضعي  
 المطلوب بنفسه) الدين ولم يقض الكفيل (وثبت) للمطوب (الاسترداد) بمادفع للكفيل وانما حكمنا  
 بثبوت ملكه اذا قضى الاصيل بنفسه (لانه) أي الكفيل (وجب له) بمجرد الكفالة (على الاصيل مثل  
 ما وجب للطالب) على الكفيل وهو المطالبة (الا) أي لكن (آخرة) مطالبة الكفيل الى ادائه  
 فنزل) ما للكفيل على الاصيل (بمنزلة الدين المؤجل) ولو جعل المدين الدين المؤجل ملكه الدائن  
 بقبضه فكذا هذا (ولهذا) أي والدليل أن للكفيل حق المطالبة متأخرا انه (لو أبرأ) الكفيل الاصيل قبل  
 ادائه) أي قبل اداء الكفيل (يصح) حتى لا يرجع على الاصيل بعد ذلك اذا أدى وجاز أخذ الكفيل  
 من الاصيل رهنا به قبل ادائه (فكذا اذا قبضه بملكه) يعني اذا كان بحيث يصح البراءة منه كان  
 بحيث يملكه اذا قبضه واذا ملكه كان الربح له (الا) أي لكن استثناء منقطع (فيه نوع خبث) على  
 قول أبي حنيفة (نبينه) عن قريب (فلا يعمل مع المالك فيما لا يتعين) وهو الالف التي قضاء اياها لان

بعض الشارحين وجعل  
 ضمير عليه للمكفول عنه  
 ويجوز أن يكون لا الكفيل  
 والمعنى بحاله أي الكفالة  
 توجب للكفيل على  
 الاصيل من المطالبة مثل  
 ما توجب للطالب على  
 الكفيل من المطالبة وفيه  
 من التمهيد ما ترى من  
 تنزيل المطالبة بمنزلة الدين  
 المؤجل وتعلل ما قبض  
 بمجرد ماله من المطالبة من  
 ان المطالبة لا تستلزم المالك  
 كالوكيل بالخصوص أو  
 القبض فان له المطالبة  
 ولا يملك ما قبض والعمل  
 الصواب أن يكون توجيهه

كلامه لانه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب  
 للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل وحينئذ لا منافاة بينه وبين ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لان بالنسبة الى  
 الطالب ليس على الكفيل الا المطالبة وأما أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا ينافي ذلك فيكون الواجب  
 عند الكفالة دينين وثلاث مطالبات دين ومطالبة حالين للطالب على الاصيل ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على ان الكفالة ضم ذمة  
 الى ذمة في المطالبة ودين ومطالبة لا الكفيل على الاصيل الا أن المطالبة متأخرة الى وقت الاداء فيكون دين الكفيل مؤجلا ولهذا ليس له  
 أن يطالبه قبل الاداء كما تقدم فان قيل فغامعنى قوله فنزل بمنزلة الدين المؤجل وهو مؤجل قلنا معناه فنزل هذا الدين المؤجل بمنزلة دين  
 مؤجل لم يكن بالكفالة وفي ذلك اذا قبضه مجعلا ملكه فكذا هنا هذا ما نسخنى والله أعلم بالصواب الا ان فيه أي في الربح الحاصل للكفيل  
 بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد أدى الاصيل الدين نوع خبث على مذهب أبي حنيفة بينه في مسألة الكفالة بالكر  
 وان ثبت لا يعمل مع المالك فيما لا يتعين

(قوله والربح الحاصل من ملكه طيب له) أقول اذا لم يكن مانع كما في مسألة الكر (قوله ويجوز أن يكون لا الكفيل والمعنى بحاله الخ) أقول  
 كما في شرح الاتقاني

وقد قررناه في البيوع في آخر فصل أحكام البيع الفاسد وأما إذا قضاه الكفيل فلا خيب فيه أصلا في قولهم جميعا وإذا قبضه على وجه الرسالة فالرجح لا يطيب له في قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله لا نه رجح من أصل خيب وفي قول أبي يوسف يطيب لان الخراج بالنسيئة أصلا المودع إذا تصرف في الوديعة ورجح فانه على الاختلاف قال (ولو كانت الكفالة بكرة خبطة الخ) ما مر كان في حكم الرجح فيما لا يتعين أما إذا كانت الكفالة فيما يتعين ككر من خبطة قبضها الكفيل من الاصيل قبل أن يؤدي إلى الطابا وتصرف فيها ورجح فالرجح له في القضاء لما بيناه أنه ملكه قال أبو حنيفة وأحب إلى أن يردده على الذي قضاه يعني المكفول عنه ولا يجب ذلك في الحكم وهذا رواية الجامع الصغير عن أبي حنيفة رحمه الله وفي رواية كتاب البيوع عنه الرجح لا يتصدق به ولا يردده على الاصيل وبه أخذ أبو يوسف ومحمد رحمه الله وفي رواية كتاب الكفالة عنه أنه لا يطيب له (٤٣٣) ويتصدق به وجه رواية كتاب البيوع وهو دليله ما أنه رجح في

وقد قررناه في البيوع (ولو كانت الكفالة بكرة خبطة قبضها الكفيل فباعها ورجح فيها فالرجح له في الحكم) لما بيناه أنه ملكه (قال وأحب إلى أن يردده على الذي قضاه الكفيل ولا يجب عليه في الحكم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله في رواية الجامع الصغير وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله هو له ولا يردده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه أنه يتصدق به لهما أنه رجح في ملكه على الوجه الذي بيناه في سلم له وله أنه يمكن الخيب مع الملك ما لا يسهل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه أو لانه رضى به على اعتبار قضاء الكفيل فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخيب يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصديق في رواية ويرده عليه في رواية لان الخيب لحقه وهذا أصح لكنه استحب لاجبر لان الحق له

البراهم لا تتعين (وقد قررناه في البيوع) في آخر فصل في أحكامه (قوله ولو كانت الكفالة بكرة خبطة) فدفعه الاصيل إلى الكفيل والباقي بحاله (فالرجح له) أي الكفيل (لما بيناه أنه ملكه) أي ملك الكفيل وانما يتعين في ضمن بيان أنه ملك المقبوض (قال وأحب إلى أن يردده على الذي قضاه الكفيل ولا يجب عليه وهذا عند أبي حنيفة في لفظ الجامع الصغير) ولا شأن ضمير قال لابي حنيفة فقوله وهذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير انما ذكره ليمهد لنصب الخلاف بذكر قولهما حيث لم يصرح بفاعل قال (وقالاهو له لا يردده عليه وهو رواية) أخرى (عن أبي حنيفة) وهو رواية كتاب البيوع من الاصل (وعنه) أي عن أبي حنيفة (رواية) ثالثة (انه يتصدق به) وهي رواية كتاب الكفالة منه (لما بيناه أنه رجح في ملكه على الوجه الذي بيناه) في ثبوت ملكه من أنه وجب له على الاصيل الخ (فيسلم له ولا يبي حنيفة انه يمكن الخيب مع الملك اما) لقصور ملكه بسبب أن الاصيل (يسلم من استرداده بأن يقضى) هو الطالب فينتقض ملك الكفيل فيما قبض (أولانه) انما (رضى به) أي بملك الكفيل فيه (على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به) والوجه أن يعطف بالواو فانما وجهان لأن الوجه أحدهما بل كل منهما ثابت وهو قصور الملك بسبب ثبوت ملك الخبثية وعدم رضا الاصيل بملك الكفيل بما دفعه اليه الاعلى ذلك التقدير وهو منتف (وهذا الخيب يعمل فيما يتعين) وهو الكفيل لا فيما لا يتعين كاللاف مثلا (فيكون سبيله التصديق في رواية ويرده عليه في رواية) أخرى (وهي الاصح لان الخيب لحق الاصيل) لالحق الشرع فيردده اليه ليصل إلى حقه (لان الحق له) وهذا يقيد أنه يطيب له فقيرا كان أو غنيا وفيه روايتان والاوجه طيبه له وان كان غنيا لما ذكرنا من أن الحق له (الانه استحباب لاجبر) لان الملك للكفيل واعلم انه تكرر في هذه المسئلة مقابلة الاستحباب بالحكم فقال

وهو دليله ما أنه رجح في ملكه على الوجه الذي بيناه ومن رجح في ملكه بسلم له الرجح ووجه رواية كتاب الكفالة أنه يمكن الخيب مع الملك لا أحد الوجهين اما لان الاصيل يسلم من الاسترداد على تقدير أن يقضى الكفيل بنفسه وان كان كذلك كان الرجح حاصلا في ملك مسترد بين أن يقبض وأن لا يقبض ومثل ذلك ملك قاصر ولو عدم الملك أصلا كان خيبا فاذا كان قاصرا تمكن فيه شبهة الخيب واما لانه رضى به أن يكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار رضائه فاذا قضاه الاصيل بنفسه لم يكن راضيا به فمكن فيه الخيب وهذا الخيب أي الذي يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهو راجع إلى أول الكلام وتقديره يمكن

الخيب مع الملك وكل خيب يمكن مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم في البيوع فلهذا الخيب يعمل في الكفيل لانه مما يتعين والخيب سبيله التصديق فيصدق به ووجه رواية الجامع الصغير ان الخيب لحقه أي الحق الذي قضاه فاذا رد اليه وصل الحق إلى مستحقه وهذا أصح لان الحق للمكفول عنه لكنه استحباب لاجبر فاذا رد عليه فان كان فقيرا طاب له وان كان غنيا فقمه روايتان قال الامام فخر الاسلام والاشبه أن يطيب له لانه انما رد عليه باعتبار أنه حقه هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد لا يطيب الرجح للكفيل وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب

(قوله وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف الخ) أقول يعني ما تقدم بنصف صحيفة وهو قوله وإذا قبضه على وجه الرسالة فالرجح لا يطيب له (قوله وعند أبي يوسف يطيب) أقول مخالف لما في شرح الكنتز لا يلي من انه اذا دفع اليه على وجه الرسالة لا يطيب له الرجح بالاتفاق فليطلب التفصيل ثمة الا أن يكون عن أبي يوسف فيه روايتان

قوله (ومن كفل عن رجل بألف) إذا أمر الأصيل الكفيل أن يعامل إنسانا بطريق العينة وفسره المصنف بأن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً ورغبة في نيل الزيادة لبيعه المشتري المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة ففعل الكفيل ذلك فأشترى وأقنع له والربح الذي ربحه البائع عليه لا على الأصيل وسمى هذا البيع عينة لما فيه من الأعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه لأن فيه الأعراض عن مبرة الأقرض مطاوعة للخل الذي هو مذموم وكأن الكره حصل من المجموع فإن الأعراض عن الأقرض ليس بمكروه والخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك واللكانت المراجعة مكروهة والالزم الربح للكفيل دون الأصيل لأنه أمانة كفالة فاسدة على ما قبل نظرا إلى قوله على فانه كلفة ضمان لكنه فاسد لان الكفالة والضمان انما يصح بما هو مضمون على الأصيل والخسران ليس بضمون على أحد فلا يصح ضمانه كرجل قال لا أخرب متاعك في هذا السوق على أن كل وضعية وخسران يصيبك فأناضامن بذلك فانه غير صحيح

قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره الأصيل أن يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء الكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه) ومعناه الأمر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً ورغبة في نيل الزيادة لبيعه المشتري بعشرة ويتحمل عليه خمسة سمي به لما فيه من الأعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه لما فيه من الأعراض عن مبرة الأقرض مطاوعة للمذموم للخل ثم قبل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا إلى قوله على وهو فاسد وليس بتوكيل

أولا أحب إلى أن يرد ولا يجب في الحكم أي في القضاء وإنما لكنه استحباب لا جبر يعني لا يجبره الحاكم على ذلك فإذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضي يكون المعنى لا يجبره القاضي ولكن يفعله هو ولا يلزم من عدم جبر القاضي عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى إذ قد عرف أن المراد بالاستحباب عدم جبر القاضي عليه فجاز أن يكون واجبا فيما بينه وبين الله تعالى وهو مستحب في القضاء غير مجبور عليه والعبارة المنقولة عن فخر الإسلام في وجه قول أبي حنيفة وهو الاستحسان قال ووجه الاستحسان أن ما قبضه الكفيل مما لو كان ملكا فاسدا من وجهه فإن الأصيل استرداده حال قيام الكفالة بقضائه بنفسه واسترداد المقبوض حال قيام العدة حكم ملك فاسد كافي البيع الفاسد وانما قلنا حال قيام الكفالة لان الكفالة لا تبطل بإداء الأصيل ولكن تنتهي كالأودي الكفيل بنفسه فكان المقبوض ملكا فاسدا من وجهه صحيحا من وجهه ولو كان فاسدا من كل وجهه بأن اشترى مكيلا أو موروثا ملكا فاسدا وربح فيه يجب التصديق بالربح أو الرد على المالك لان الحبث كان لحقه فيزول بالرد عليه كالغاصب إذا أجزأ المصوب ثم رده فإن الأجر له يتصدق به أو يردده على المصوب منه فكذلك في الملك الفاسد من كل وجهه ولو كان الملك صحيحا من كل وجهه لا يجب التصديق بالربح ولا رده فاذا فسد من وجهه وصح من وجهه يجب التصديق أو الرد على الأصيل علما بالشهين بقدر الامكان ظاهرة في وجوب رده فيما بينه وبين الله تعالى أو التصديق به غير أنه ترجح الرد هنا كانه إذا أعطاه على وجه القضاء فلو أعطاه على وجه الرسالة إلى الطالب فتصرف بورح صار محمدا مع أبي حنيفة في أنه لا يطيب له الربح وطاب له عند أبي يوسف لما عرف فيمن غصب من إنسان مالا وربح فيه يتصدق بالفضل في قولها لانه استفاد من أصل خبيث ويطيب له في قول أبي يوسف مستدلا بحديث الخراج بالضمان (قوله ومن كفل عن رجل بألف بأمره) أي فأمر الكفيل (الأصيل أن يتعين عليه حريرا) أي أن يشتري له حريرا بطريق العينة وهو أن يشتري له حريرا بثمن هو أكثر من قيمته لبيعه بأقل من ذلك الثمن لغیر البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالأقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الأقل إلى بائعه فيدفعه بائعه إلى المشتري المدينون فيسلم الثوب للبائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الأقل وانما وسطا الثاني تحرر راع عن شراء باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وأما تفسيره بأن يستقرض فيما أبي المقرض الآن يبيعه عينا تساوي عشرة مثلاً في السوق بائني عشر فيفعل فيربح البائع درهمين ورغبة عن القرض المندوب إلى الخل وتحصيل غرضه من الرباط بطريق المواضعة في البيع فلا يصح هنا ذلك ليس المراد من قوله تعين على حريرا ذهب فاستقرض فان لم يرض المسؤل أن يقرضك فاشتر منه الحرير بأكثر من قيمته بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه فاذا فعل الكفيل ذلك كان مشتريا لنفسه والمالك له في الحرير الزيادة التي يخسر ها عليه لان هذه العبارة حاصلها (ضمان لما يخسر المشتري نظرا إلى قوله على) كأنه أمره بالشراء لنفسه فباخسر فعلى وضمان الخسران باطل لان الضمان لا يكون إلا بضمون والخسران غير مضمون على أحد حتى لو قال بايع في السوق على أن كل خسران يلحقك فعلى أو قال لمشتري العبدان أبق عبدك هذا فعلى لا يصح



وأما وكالة فاسدة تنظر الى قوله تعين يعني اشترى حرير بعينه ثم بعه بالنقد بأقل منه واقض ديني وفسادها باعتبار ان الحرير غير متعين  
أي غير معلوم المقدار والثمن كذلك فإن قيل الدين معلوم والمأمور به هو مقداره (٥٣٥) فكيف يكون الثمن مجهولا أجاب بقوله الجهالة

ما زاد على الدين فإنه داخل  
في الثمن وإذا فسدت الكفالة  
أو الوكالة كان المشتري  
للمشتري وهو الكفيل  
والرجح أي الزيادة على  
الدين عليه لأنه هو العاقد  
ومن الناس من صور للعينة  
صورة أخرى وهو أن يجعل  
المقرض والمستقرض  
بينهما ثالثا في الصورة التي  
ذكرها في الكتاب فيبيع  
صاحب الثوب الثوب بآني  
عشر من المستقرض ثم إن  
المستقرض يبيعه من  
الثالث بعشرة ويسلم الثوب  
اليه ثم يبيع الثالث الثوب  
من المقرض بعشرة ويأخذ  
منه عشرة ويدفعه الى  
المستقرض فتدفع حاجته  
وانما توسط ثالثا احترازا  
عن شراء باع بأقل مما باع  
قبل نقد الثمن ومنهم من  
صور بخير ذلك وهو مذموم  
اختره أكلة الربا وقد ذمهم  
رسول الله صلى الله عليه  
وسلم بذلك فقال اذا تبايعتم  
بالبقر واتبعت أذناب البقر  
ذلتكم وظهر عليكم عدوكم  
وقيل آيالة والعينة فانها  
لعينة قال (ومن كفل  
عن رجل عذاب له عليه  
الخ) رجل كفل عن رجل  
عذاب له عليه أو عاقضى  
له عليه فغاب المكفول عنه

وقيل هو تو كيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيفما كان  
فالشرع لا يشتري وهو الكفيل والرجح أي الزيادة عليه لانه العاقد قال (ومن كفل عن رجل عذاب له  
عليه أو عاقضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البينة على الكفيل بأن له على المكفول عنه  
ألف درهم لم تقبل بينته)

(وقيل هو تو كيل فاسد) ومعنى على منصرف الى الثمن فاذا كان الثمن عليه يكون المبيع له فأغنى عن  
قوله لم يقبل بينته لكنه فاسد لانه غير معين مقداره ولا ثمنه فلا تصح الوكالة قالوا قال اشتري حنطة ولم  
بين مقداره ها ولا ثمنها ولو فرضنا أن الثمن معلوم بينه ما هو وقد ما يقع به الا بقاءه كان الحاصل اشتري  
سراير يكون ثمنه الذي يبيعه به في السوق قدر الدين الذي عليه ما هو ولا يبيع قدر ثمن الحرير الموكل بشرايته  
بل ما يباع به بعد شرايته لان الزائد على القدر الذي يقع به الا بقاءه غير معلوم (وكيفما كان) تو كيل فاسدا  
أو ضمنا باطلا (يكون الشراء للمشتري وهو الكفيل والرجح أي الزيادة) التي يخسرها (عليه لانه العاقد)  
ومن صور العينة أن يقرضه ثلثا خمسة عشر ثم يبيعه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر ويأخذ الخمسة  
عشر القرض منه فلم يخرج منه الا عشرة وثبت له خمسة عشر ومنها أن يبيع متاعه بألفين من  
المستقرض الى أجل ثم يبعث متوسطا يشتره لنفسه بألف حالة ويقبضه ثم يبيعه من البائع الاول بألف  
ثم يحصل المتوسط بائعه على البائع الاول بالثمن الذي عليه وهو ألف حالة فيدفعها الى المستقرض ويأخذ  
منه ألفين عند الحلول قالوا وهذا البيع مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم اذا تبايعتم بالعين واتبعت أذناب  
البقر ذلتكم وظهر عليكم عدوكم والمراد باتباع أذناب البقر الحث الزاغة لا أنهم حينئذ يتركون الجهاد  
ونالغ النفس الجبن وقال أبو يوسف لا يكره هذا البيع لانه فعله كثير من الصحابة وجدوا على ذلك ولم  
يعدوه من الربا حتى لو باع كأغدة بألف يجوز ولا يكره وقال محمد رحمه الله هذا البيع في قلبي كأمثال  
الجمال ذمهم اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعت  
أذناب البقر ذلتكم وظهر عليكم عدوكم أي اشتغلتم بالحرف عن الجهاد وفي رواية سلط عليكم شراركم فيدعو  
خياركم فلا يستجاب لكم وقيل آيالة والعينة فانها العينة ثم ذموا البياعات الكائنات الا أن أسد من بيع  
العينة حتى قال مشايخ بلخ منهم محمد بن سلمة يبلغ للتجار ان العينة التي جاءت في الحديث خير من بيعاتكم  
وهو صحيح فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك استقر الحال فيها على وزنها مظهروفة ثم  
اسقاط مقدار معين على الطرف وبه يصير البيع فاسدا ولا شك أن البيع الفاسد بجميع الغصب المحرم فأين  
هو من بيع العينة الصحيح المختلف في كراهته ثم الذي يقع في قلبي أن ما يخرج به الدافع ان فعلت صورة يعود  
فيها اليه هو أو بعضه كعود الثوب أو الحرير في الصورة الاولى وكعود العشرة في صورة اقراض الخمسة عشر  
فكرهه والا فلا كراهة الاخذ الاولى على بعض الاحتمالات كأن يحتاج المديون فيأبى المسؤول أن  
يقرض بل أن يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر الى أجل فيشتره المديون ويبيعه في السوق بعشرة  
حالة ولا بأس في هذا فان الاجل قابل قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه دائما بل هو مندوب فان  
ترك لمجرد رغبة عنه الى زيادة الدنيا فكرهه أو لعارض يعذر به فلا راعيا يعرف ذلك في خصوصيات  
المواد وما لم ترجع اليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة لانه من العين المستبرجة لا العين مطلقة  
والا فكل بيع بيع العينة (قوله ومن كفل عن رجل عذاب له عليه أو عاقضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام  
المدعي البينة على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لا يقبل) القاضي

(٥٤ - فتح القدير خامس) فأقام المدعي البينة على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل البينة حتى  
يحضر المكفول عنه لان قبواها يعتمد صحة الدعوى ودعواه هذه غير صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به

(قوله وهو مذموم الخ) أقول لو صح ذلك تكون الزاغة مذمومة أيضا (قوله لعدم مطابقتها الخ) أقول فيه شيء

وذلك لان المال المكفول به امامال مقضى به على الاصيل لدلالة ما قضى بصراحة عبارته ودلالة ما ذاب باستنزامه على ذلك فان معنى ذاب  
تقرر والتقرر انما هو بالقضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما وامال مقضى به يجعل لفظ الماضي معنى المستقبل كقوله اطل  
الله بقاءك فهو وان كان ضحية لان ارادة معنى المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يضار اليه الا لئلا يتعلّق بعم البلاغة غير  
مطابق لدعواه لا طلاقها وتفيد المكفول به حتى قيل ان ادعى على الكفيل ان قاضى بكذا كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة باللف  
درهم واقام على ذلك بينة قبلت بينه لوجود المطابقة حيثئذ والشارحون ذهبوا في تعديل هذه المسئلة الى ان المكفول به مال مقضى او  
يقضى به بعد الكفالة والمدعى يدعى ألفا يصح أن يكون قبل عقد الكفالة وبعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك وليس في لفظ المصنف  
ما يدل على ذلك أصلا كما ترى والتعليل بدون ذلك صحيح لان المكفول به امامال مقضى ولم يدعه أو مال يقضى به ومع غيبة الاصيل لا يصح  
لكونه قضاء على الغائب فلا تكون الدعوى صحيحة فلا تقبل البينة ومن أقام البينة ان له على فلان ألف درهم وان هذا كفيل عنه  
بأمره قضى به على الحاضر والغائب (٤٣٦) جميعا وان ادعى الكفالة بغير أمره قضى به على الحاضر خاصة وهما يحتاج الى ثلاثة فروق  
ذكر المصنف منها اثنين

(قوله فهو وان كان ضعيفا  
الخ) أقول لا يخفى عليك ان  
حكمه بالضعف لا يوافق  
المسئلة الآتية بعد سطرين  
والعمل تصديرها بصيغة  
التمريض اشارة الى ذلك  
(قوله فلا يدخل تحت  
الكفالة بالشك) أقول لو  
صح هذا لم يتم الجواب في  
المسئلة التي مرّت آنفا  
لمكان الشك (قوله وليس  
في لفظ المصنف ما يدل على  
ذلك) أقول وليس فيه  
ما يابى عنه (قوله أو مال  
يقضى به) أقول ولم يدعه  
أيضا كما لا يخفى (قوله ومع  
غيبة الاصيل لا يصح)  
أقول وليس في كلام  
المصنف ما يدل على ذلك  
أيضا كما لا يخفى (قوله لكونه

لان المكفول به مال مقضى به وهو ذاب في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو  
بالقضاء أو مال يقضى به وهذا ما مضى أريد به المستأنف كقوله اطل الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك  
فلا تصح (ومن أقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بأمره فانه يقضى به على الكفيل  
وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير أمره يقضى على الكفيل خاصة)  
هذه البينة ولا يقضى به الا انه قضاء على غائب لم ينتصب عنه خصم اذا الكفيل في هذه الصورة لا يكون  
خصم ماعنه لانه انما كفل عنه عمال مقضى بعد الكفالة لانه وان كان ماضيا فالمراد به المستقبل كقولهم  
اطال الله بقاءك وهذا لانه جعل الذوب شرطا والشرط لا بد من كونه مستقبلا على خطر الوجود فاما لو وجد  
الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيل (والدعوى مطلق عن ذلك) والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب  
بعد الكفالة فلم تقم على من اتصف بكونه كفيل لاعن الغائب بل على أجنبي اذا لا ينتصب خصما (وهذا  
في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى) وهي لفظة ذاب (لان معنى ذاب تقرر) ووجب (وهو بالقضاء)  
بعد الكفالة حتى لو ادعى اني قدمت الغائب الى قاضى كذا واقت عليه بينة بكذا بعد الكفالة وقضى لي  
عليه بذلك واقام البينة على ذلك صار كفيل وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصما  
عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره أو بغير أمره الا انه اذا كانت بغير أمره يكون القضاء على الكفيل  
خاصة وقدمنا من مسائل الذوب ونحوه عند مسئلة تعليق الكفالة بالشرط ولو ضمن عن ما يابى عنه أو  
دائه أو أقرضه فغاب المطلوب فبرهن الطالب على الكفيل انه كفل به وقد دانه أو أقرضه ببعده ووجد  
الكفيل ذلك قضى على الكفيل والغائب بالاختلاف لان الضمان مقيد بصفة ولا يمكن القضاء به الا بعد  
القضاء على الغائب فينتصب الكفيل خصما ماعنه فيقع القضاء عليه ما (قوله ومن أقام البينة) صورتها  
في الجامع وقال يعقوب ومحمد درجهم الله اذا كفل عن رجل عمال مؤجل بأمر المكفول عند غيباب  
المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فأقام عليه بينة ان له على فلان كذا وان هذا كفل له بأمر فلان  
عن فلان فاني أقضى بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغائب فان كانت الكفالة بغير أمر

قضاء على الغائب الخ) أقول قال المحشى الشهير يعقوب باشا فيه ان القضاء على الغائب صحيح في مثل  
هذه المسئلة قال في الفصول العمادية اذا ادعى رجل انه كفل من فلان بما يذوب له عليه فأقر المدعى عليه الكفالة وأنكر الحق واقام  
المدعى البينة انه ذاب له على فلان كذا فانه يقضى به في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعا حتى لو حذر الغائب وأنكر لا يلتفت  
الى انكاره انتهى ونحن نقول يمكن أن يجاب عنه بأن يقال ان الكفيل يكون هناك خصما بخلاف ما نحن فيه وبؤيد هذا الجواب  
ما ذكره العلامة الكاكي في شرحه حيث قال لانه كفل بما قضى له على الاصيل بعد الكفالة فيالم يصير المال مقضيا به على المكفول عنه  
لا يكون الكفيل كفيل فلا يكون خصما ولا يمكن القضاء على الاصيل بهذه البينة حال غيبته لانه يكون قضاء على الغائب وهو لا يصح  
عندنا وأجد ويصح عند الشافعي ومالك ولذلك توقف قبول البينة والقضاء على المكفول عنه الى أن يحضر حتى يكون الكفيل بالدين  
المقضى به على الاصيل كما شرط في عقد الكفالة ألا يرى انه لو أقر الكفيل على الاصيل عمال الطالب لا يلزمه اذا حضر الاصيل وان حضر  
الاصيل ومضى عليه حينئذ يلزم الكفيل الخ

أحدهما ان البيئة قبلت ههنا دون ما تقدم لان المكفول به ههنا مال مطلق عن التوصيف لكونه مقضيا به أو يقضى به فكانت الدعوى  
مباشرة للمدعى به فصححت وقبلت البيئة لابتنائها على دعوى صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر ومن الفرق بينهما ان هنالك لردده فقال قد  
كفلت لك بما ذاب لك عليه أي بما قضى لك عليه ولكن ليس لك عليه شيء لم يلزمه شيء من المال وههنا لو قال كفلت لك عنه بألف درهم  
لكن ليس لك شيء لم يلتفت اليه والثاني الفرق بين الكفالة بأمر والكفالة بغير أمر مع ان القضاء على الغائب لا يجوز فكان الواجب عدم  
التفرقة في أن لا يكون الكفيل خصما عن الاصيل بين أن يكون بأمر وبين أن يكون بغيره ووجه ذلك ما ذكره بقوله لان ما يتغير ان  
لان الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء وكل ما كانا كذلك فهما غير ان للاحالة واذا ثبت ذلك  
فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر لأن الحاكم انما يقضى بالسبب الذي يدعيه المدعي ألا ترى أنه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له  
القضاء بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو الملك فاذا ادعى المدعي الكفالة بالأمر (٤٣٧) وقضى بالكفالة بالأمر بيينة ثبت أمره  
بحجة كاملة والأمر بالكفالة

بمجة كاملة والأمر بالكفالة  
يتضمن الاقرار بالمال فيصير  
مقضيا عليه فلو حضر  
الغائب بعد ذلك لا يحتاج  
الى اقامة البيئة عليه واذا  
ادعاه بغير أمره فانها  
لائس جانب الغائب اذ ليس  
من ضرورة وجوب المال  
على الكفيل وجوبه على  
الاصيل لانه أي الشأن ان  
حصة الكفالة بغير أمر  
تعتمد قيام الدين في زعم  
الكفيل حتى لو قال لفلان  
على فلان ألف درهم وأنا به  
كفيل وجب المال عليه  
وان لم يجب على الاصيل  
شيء فلا يتعدى الدين عن  
الكفيل الى الاصيل  
والفرق الثالث بين ملحق  
فيه من المسئلة وبين ما اذا  
أبهم فادعى على رجل انه  
كفل له عن فلان بكل مال  
له قبله ولم يفسر وأقام على

وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالأمر وعدمه لان ما يتغير ان  
لان الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه أحدهما لا  
يقضى له بالآخر واذا قضى بها بالأمر ثبت أمره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه  
والكفالة بغير أمره لائس جانبه لانه تعتمد صحته اقيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي  
الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الأمر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما أنكر فقد ظلم في  
زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا

الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل يخضع عن الغائب انتهى يعني فلا يقع القضاء على  
الاصيل وانما خص قوله بما لا ذكر لانه لم يحفظ عن أبي حنيفة نصا لان في المسئلة اختلاف (وانما  
قبلت) هذه البيئة ولم تقبل فيما قبلها (لان المكفول به) هنا (مال مطلق) ودعوى المدعي مطلقة  
أيضا فصححت وقبلت البيئة لانها ابتداء على صحة الدعوى (بخلاف ما قبلها) لان المكفول به هناك مال  
مقيد يكون وجوبه بعد الكفالة وان كان مقيدا بخصوص كمية ولم يطابقها دعوى المدعي ولا البيئة  
(وانما اختلف) القضاء (بالأمر وعدمه) حتى يقع القضاء عليهم ما في الأمر فيرجع الكفيل ولو حضر  
الغائب لا يحتاج الى اقامة البيئة عليه بالمال لانه قد قضى عليه به وعلى الكفيل وحده اذ لم يكن أمر  
فلا يرجع (لانها) أي الكفالة بالأمر وبغير الأمر (يتغيران لان الكفالة بالأمر تبرع ابتداء ومعاوضة  
انتهاء وبغير الأمر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه أحدهما) وهو مجرد التبرع ابتداء وانتهاء (لا يقضى له  
بالآخر) وهو المعاوضة لثبوت الرجوع ويكون الغائب مقضيا عليه (واذا قضى بها) أي بالبيئة  
(بالأمر ثبت أمره) أي أمر المكفول عنه (وأمره يتضمن اقرار الاصيل بالمال) اذ لا يأمر غيره بقضاء  
ما عليه الا وهو معترف بأن عليه للقضى له ديننا (فبصير مقضيا عليه بخلاف الكفالة بغير أمره) فانها  
(لائس جانبه) أي جانب الاصيل (لان صحة الكفالة) بالأمر المكفول (انما تعتمد قيام الدين في زعم  
الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل) اذ زعمه لا يلزم غيره (ثم في الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على  
الأمر) حيث ثبت الأمر (وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره)  
وهو الاصيل (و نحن نقول) قد (صار) الكفيل في انكاره الدين على الاصيل (مكذبا شرعا) بقيام

ذلك بيينة ان له على الغائب ألف درهم كانت له قبل الكفالة فانه يقضى بها على الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة بأمر أو بغيره  
ووجهه ان الحاضر انما يتصب خصما عن الغائب اذ لم يكن اثبات ما يدعى على الحاضر الا باثبات ما يدعى على الغائب والكفالة اذا  
كانت معلوم أمكن القضاء عليه بدون القضاء على الاصيل لانه معلوم ومعروف بذاته واذا كانت مجهول لا تصح ما لم يكن على الاصيل لان  
المجهول يحتاج الى التعريف والتعريف انما يحصل بما كان على الاصيل فيصير كأنه قال ان كان لك على فلان مال فأنا كفيل فأثبتته  
المدعي وسيأتي تمام ذلك (قوله وفي الكفالة بأمر) يجوز أن يكون فرقا آخر بين ما اذا أقام البيئة على الكفالة بأمر وبين ما اذا أقام عليها  
بغيره فان الثابت بالبيئة كالنات عميانا ولو ثبتت الكفالة بالأمر عما نارجع الكفيل بما أدى على الاصيل فكذلك اذا ثبتت بالبيئة وقال  
زفر لما أنكر الكفيل الكفالة فقد زعم أن الطالب ظلمه والمطلوم لا يظلم غيره وقلنا لما قضى القاضي عليه صار مكذبا شرعا

فبطل ما زعمه من اشتري شيئا أو أقر بأن البائع باع ملك نفسه ثم جاء إنسان واستحققه بالبيعة لا يبطل حقه في الرجوع بالبيعة على البائع بالثمن  
لأن الشرع كذبه في زعمه ونقض بما قال محمد فبين اشترى عبدا فباعه ورد عليه به بغيره بالبيعة بعدما أنكر العيب به ثم أراد أن يرد على  
بائعه لم يكن له ذلك عند محمد رحمه الله (٤٢٨) خلافاً لابي يوسف حيث لم يبطل زعمه مع أن القاضي لما قضى عليه

فبطل ما زعمه قال (ومن باع داراً وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم) لأن الكفالة لو كانت مشروطة  
في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسحق في نقض ما تم من بيعه وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها  
أحكام البيع

البيعة بخلافه (فيبطل زعمه) فيثبت حكم الكفالة بالأمر وهذا من اشتري عبداً واعترف بأنه ملك  
البائع ثم استحق بالبيعة فإنه يرجع على البائع بثمنه وإن كان معتقاً بأن البائع ظلم واستشكل عليه  
قول محمد فبين اشترى عبداً فباعه فرد عليه بغيره بالبيعة بعدما أنكر العيب فعند محمد لا يرد على بائعه  
بخلاف أبي يوسف فلم يبطل زعمه بالقضاء بالبيعة أجيب بأنه إنما لا يرد لأن قوله لا عيب فيه نفي للعيب  
في الحال والماضى والقاضى إنما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الأول لأن قيام العيب  
عند البيع الأول ليس شرطاً للدعوى الثاني وفي الجناح الكبير جعل المسئلة على أربعة أوجه  
فقال أما أن تكون الكفالة مطلقة فهو أن يقول كفلت عملاً على فلان أو مقيدة فهو أن يقول  
كفلت لك عن فلان بألف درهم وكل وجه على وجهين أما أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه أو  
بغير أمره فإن كانت مطلقة فالقضاء على الكفيل قضاء على الاصيل سواء كانت بأمره أو بغير أمره  
لأن الطالب لا يتوصل إلى إثبات حق الكفيل إلا بعد إثباته على الاصيل لما ذكرنا أن القول بقول الكفيل  
أنه ليس للطالب على الاصيل شيء وإذا كان كذلك صار الكفيل خصماً عنه وإن كان غائباً والمذهب  
عندنا أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا إذا ادعى على الحاضر حقاً لا يتوصل إليه إلا بإثباته على الغائب  
قال مشايخنا وهذا طريق من أراد إثبات الدين على الغائب من غير أن يكون بين الغائب والكفيل  
اتصال وكذا إذا خاف الطالب موت الشاهد يتوابع مع رجل ويدعى عليه مثل هذه الكفالة فيقول الرجل  
بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعى البيعة على الدين فيقضى به على الكفيل والاصيل ثم يسبر الكفيل  
وكذا الحوالة على هذه الوجوه وكذا كل من ادعى حقاً لا يثبت على المدعى عليه إلا بالقضاء على الغائب  
يكون الحاضر خصماً عن الغائب من قذف رجل فادعى المقدوف الحد فقال القاذف قذفته وهو عند  
أقام المقدوف عليه بيعة أنه كان عبداً فلان وأنه أعتقه قضى بعتقه على فلان لأنه ادعى حقاً وهو  
الحد لا يتوصل إلى إثباته إلا بإثبات العتق فصار القاذف خصماً عن فلان سيد العبد الغائب ويثبت  
القضاء عليه وكذا عبداً مأذون عليه دين فقال رجل لصاحب الدين أنا صام من دينك إن أعتقه  
مولاه فاعتقه ثم أقام صاحب الدين بيعة أن مولاه أعتقه بعد كفالة الكفيل وإن كان فيه قضاء على  
الغائب وقضاء الغائب وهذا كله استحسن استحسنه علماءنا وصامنا له الحقوق (قوله) ومن باع داراً وكفل  
عنه رجل بالدرك فهو تسليم) وقد بينا أن ضمان الدرك هو قبول الثمن عند استحقاق المبيع وقوله تسليم  
أي تصديق من الكفيل أن المبيع ملك البائع فلا وادعاه لنفسه لا نسمع دعواه إذ لو صح رجوع المشتري  
بالثمن على الكفيل بحكم الكفالة فلا يبعد أيضاً (فالكفالة) أن كانت مشروطة في البيع) بأن باع بشرط  
أن يكفل له (تمام البيع بقبوله) أي بقبول الكفيل (ثم بالدعوى) يسحق في نقض ما تم به) ولهذا يبطل  
شفعته لو كان الكفيل شقيقاً (وإن لم يكن) أي عقد الكفالة (مشروطاً فيه فالمراد به أحكام البيع

بالردي العيب كذبه في زعمه  
وأجيب بأنه إنما لم يكن له  
أن يرد على بائعه لأن  
قوله لا عيب فيه نفي للعيب في  
الحال والماضى والقاضى  
إنما كذبه في قيام العيب  
عند البيع الثاني دون  
الأول لأن قيام العيب عند  
البيع الأول ليس بشرط  
للدعوى الثاني فافترقا  
قال (ومن باع داراً وكفل  
عنه رجل بالدرك الخ)  
ومن باع داراً وكفل رجل عنه  
بالدرك وهو التبعة على  
ما مر والمراد بقبول رد الثمن  
عند استحقاق المبيع فهو  
تسليم أي تصديق من  
الكفيل بأن الدار ملك  
البائع فلا وادعى الدار بعد  
ذلك لنفسه على المشتري  
لا نسمع دعواه لأن  
الكفالة إما أن تكون  
مشروطة في البيع أولاً  
فإن كان الأول وهو شرط  
ملائم للعقد إذ الدرك يثبت  
بإلا شرط كفالة والشرط  
يزيده وكادة فتمام البيع  
إنما يكون بقبول الكفيل  
فكأنه هو الموجب للعقد  
فالدعوى بعد ذلك منه  
سحق في نقض ما تم من

جهته وهو باطل ولهذا لو كان الكفيل شقيقاً بطلت شفعته وبطلان السعي في نقض ما تم  
من جهته من مسلمة هذا الفن لا يقبل التشكيك بالأقوال ونحوها فأنصح به وإن كان طلبها سعيي فنقض ما تم من جهة الطالب  
على أن المراد بالنقض ما يكون بخير رضا الخصم والاقالة ليست كذلك فهي فسح لا نقض وإن كان الثاني فالمراد بالكفالة أحكام البيع  
(قوله) وبطلان السعي في نقض ما تم الخ) أقول فيه تأمل

وترغب المشتري لاحتمال أن لا يرغب المشتري في شراء المبيع مخافة الاستحقاق فتكفل تسكيناً له فصار كأنه قال اشتره هذه الدار ولا يزال فأنتم المالك البائع فان أدركت ذلك فأنا ضامن وذلك اقرار بملك البائع ومن أقر بملك البائع لا تصح دعواه بعد ذلك وانما قال فتنزل منزلة الاقرار لانه يؤل اليه في المعنى قال (ولو شهد وختم الخ) لو شهد الشاهد على بيع الدار وختم شهادته بأن كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوباً ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجرى عليه التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الأئمة الحارثي ولم يكفل لم يكن ذلك تسليماً وهو على دعواه قبل قوله وختم وقع اتفاقاً باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا فان الحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أو لا فان ادعى لنفسه تسلم دعواه وتقبل شهادته لغيره أيضاً لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع لعدم الملاءمة ولا هي باقرار بالملك لان البيع تارة يوجد من المالك وأخرى من غيره فالشهادة على انه باع لا تكون اقراراً بأنه باع ملكه ولعله انما كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فانه اقرار (٤٣٩) بالملك ما تقدم قال مشايخنا ما ذكر ان

الشهادة على البيع لا تكون تسليماً محمول على ما ذالم يكتب في الصك ما وجب صحة البيع ونفاذه مثل أن يكون المكتوب فيه باع فلان أو جرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك وكتب شهد فلان

البيع أو جرى البيع بمشهدى وأما اذا كتب فيه ما وجب صحته ونفاذه مثل أن يقول باع فلان كذا وهو يملكه وكتب الشاهد شهد بذلك فانه تسليم فلا تصح دعواه الآن يشهد على اقرار المتعاقدين فانه ليس بتسليم وان كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ فصل في الضمان (ومن باع لرجل ثوباً بالخ) الضمان والكفالة في هذا الباب بمعنى واحد ولما كان

وترغب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع قال (ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليماً وهو على دعواه) لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي باقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره وله كذا كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه أو بيعاً بآنا فذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

فصل في الضمان قال (ومن باع لرجل ثوباً وضمن له الثمن أو مضارب ضمن عن متاع رب المال فالضمان باطل) لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليه ما فيصير كل واحد منهما ضامناً لنفسه

وترغب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه الا بالكفالة تسكيناً له فصار كأنه قال اشتره هذه الدار ولا يزال فأنتم المالك البائع والا كان تغريراً فلا تصح دعواه اياه أصلاً بعد ذلك هذا اذا كفل فاما اذا لم يكفل ولكن شهد على البيع ثم ادعاها بعد شهادته ان كان رسم مكتوباً على الصك وفي الصك ما يفيد الاعتراف بملك البائع مثل باع فلان بن فلان جميع الدار الجارية في ملكه بيعاً بآنا فذا ثم كتب بذلك أو كتب جرى ذلك فكذا لا تصح دعواه اياها وان لم يند ذلك مثل ان يكتب في الصك باع فلان من فلان جميع الدار أو أقر بالبيع بحضوره والشراء ثم كتب شهد بذلك أو كتب جرى ذلك لا تمنع دعواه فيها فله كذا كتب الشهادة ليحفظ الحادثة ليس يبعد ذلك في تثبيت البينة وقوله (وختم) هو أمر كان في زمانهم اذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوباً ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يطرقة التبديل وليس هذا في زماننا

فصل في الضمان الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل الجامع الصغير وذكرت فيه بلفظ الضمان أو ردها مترجمة بذلك (قوله ومن باع لرجل ثوباً) اللام في رجل لأم المالك أي باع ثوباً هو لرجل بطريق الوكالة عنه في بيعه (وضمن) الوكيل (له) أي للرجل المالك (الثمن أو مضارب ضمن عن متاع لرب المال فالضمان باطل لان الكفالة) وهي الضمان (التزام المطالبة والمطالبة اليهما) أي الى الوكيل والمضارب (فيصير كل منهما ضامناً لنفسه) فيصير مطالباً بالمطالبة وهذا لان حقوق العقد ترجع اليهما حتى لو حلف المشتري بالموكل عليه دين بر ولو حلف بالموكل عليه شيء حدثت

مسائل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها لتغاير في اللفظ واعلم أن كل من رجع اليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجيبه فن وكل رجل باع ثوباً ففصل وضمن له الثمن فالضمان باطل وكذا المضارب اذا باع من المتاع شيئاً وضمن لرب المال لان الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليه ما أي الى الوكيل والمضارب لان حق القبض للوكيل بجهة الاصاله في البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع الى الوكيل حتى لو حلف المشتري بالموكل عليه شيء كان باراً في عيونه ولو حلف بالموكل عليه شيء كان حائثاً وكذا المضارب واذا كان كذلك فاصح الضمان لزم أن يكون الشخص ضامناً لنفسه وفساده لا يخفى ولا يتوهم التصحیح باختلاف الجهة فانه أمر اعتباري لا يظهر عندنا خصوصاً



ولان المال امانة في أيدي الوكيل والمضارب وهو ظاهر فلو صح ضمانهم المالكنا ضمينين فما فرضناه أميناً لم يكن أميناً وذلك خلف باطل فيكون الضمان تغييراً لحكم الشرع وليس للعبد ذلك لنزعه الى الشركة في الربوية وقد قررنا بطلان ذلك في التقرير برقرارنا ما فیرد علیه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير فانهم مالو ضمنا الوديعة والعارية للمودع والمعيير لم يجوز ذلك ولغائل أن يقول الو كالة بانقرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز أن يكون المال امانة بأيديهم ما اذا لم يضمنوا فاما اذا ضمنوا فيكون ذلك رفعاً للامانة الى الضمان وتحولاً من حكم شرعي الى حكم شرعي فصار كما اذا باع بألف ثم باع بألف وخمسمائة والجواب أن رفع الامانة انما يكون ببطلان الو كالة لثلاث يتخلف المداول عن علمه وبطلانهم احينئذ انما يكون ضرورة صحة الكفالة والكفالة ههنا بمنزلة الفرع الو كالة لانه كفل بما وجب بالوكالة فلا يجوز أن تصح على وجه يبطل به أصلها بخلاف مسألة البيع فان الثاني ليس فرعاً للاول وكذلك اذا باع رجلان عبداً صفقة واحدة وضمن أحدهما له صاحبه حصته من الثمن شائعاً عاصراً ضماناً لنفسه وقد تقدم فساد ما وإن صح في نصيبه مقررنا أدى الى قسمه الدين قبل قبضه وذلك لا يجوز لان القسمة افراز وذلك اما أن يكون حساً أو بوصف مميز وكلاهما فيما في الذمة من الدين غير متصور وذكر في الفوائد الظهيرية في تعليقه لان ما يستحق بنصيب أحدهما فلا تخراً أن يشاركه فيه اذا كان مالا بدليل ان أحدهما واشترى بنصيبه (٤٣٠) منه شيئاً كان لالاخر ولاية المشاركة ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع وبصير كانه ما أدى الا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى أن لا يبقى شيء فهذا معنى قول مشايخنا ان في تجوز هذا الضمان ابتداءً بطلان انتهاء فقلنا يبطل لانه ابتداءً ولا معنى لما قيل في تعليل هذه المسائل لو صح الضمان اما أن يصح بنصف شائع أو بنصف شونصيب شريك لان الضمان يضاف الى

وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع وبصير كانه ما أدى الا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى أن لا يبقى شيء فهذا معنى قول مشايخنا ان في تجوز هذا الضمان ابتداءً بطلان انتهاء فقلنا يبطل لانه ابتداءً ولا معنى لما قيل في تعليل هذه المسائل لو صح الضمان اما أن يصح بنصف شائع أو بنصف شونصيب شريك لان الضمان يضاف الى

ولان المال امانة في أيديهم ما والضمان تغييراً لحكم الشرع فیرد علیه كاشتراطه على المودع والمستعير (وكذا رجلان باعا عبداً صفقة واحدة وضمن أحدهما له صاحبه حصته من الثمن) لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضماناً لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي الى قسمه الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف الوكيل بالنكاح عن المرأة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لانه سقير لا ترجع اليه حقوق العقد وليس له المطالبة بالمهر على ما سلف فلا يصير ضماناً لنفسه (ولان المال في يد كل من الوكيل والمضارب امانة) فلا يصير مضموناً عليهم ما ولا يصح الضمان لاستلزامه تغييراً لحكم الشرع ومما (كاشتراط الضمان على المودع والمستعير وكذلك) أي لا يصح الضمان أيضاً فيما (اذا باع رجلان عبداً) مثلاً بينهما (صفقة واحدة وضمن أحدهما له صاحبه حصته من الثمن) لانه لو صح الضمان مع الشركة (بأن ضمن نصف الثمن مطلقاً) يصير ضماناً لنفسه (لان كل جزء من الثمن مشترك بينهما فما يستحق بنصيب أحدهما فلا تخراً أن يشاركه فيه فما يؤديه الضامن للشريك يكون بينه وبين المضمون له فكان له الرجوع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع الرجوع فيه وبصير كانه ما أدى الا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى أن لا يبقى شيء أو يبقى الجزء الذي لا يتجزأ فظهر ولزم بطلان الضمان من حيث صح (ولو كان ضمن نصيب شريك خاصة يؤدي الى قسمه الدين قبل قبضه وهو لا يجوز) لانه في الذمة لا يقبل القسمة لان افراز ولا يمكن الا في عين خارجية والدين وصف اعتباري ويرد عليه اختيار الثاني ونقل الاجماع على ان أحدهما واشترى بنصيبه من الدين

نصيب شريك فكيف يصح شائعاً وقوله ولا وجه الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى لهذا أيضاً يجوز لان عقاد الاجماع على أن أحدهما واشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة فكذا اذا ضمن أحدهما بنصيب صاحبه ولكن التعويل على ما ذكرنا نقله صاحب النهاية وغيره وفيه نظر لان قوله فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع انما يصح ان لو كان الرجوع باعتبار نقض ما أدى وهو ممنوع بل هو من حيث أنه استيفاء لما يستحقه عليه ولم يبق له حق فيما بقي بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه وقوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريك فكيف يصح شائعاً يجب عليه بأن نصيب الشريك وهو النصف مثلاً اعتباراً من اعتبار نصف شائع في كل جزء من أجزاء الثمن واعتبار نصف مفرز في بعض افراده لا تعلق له بالباقي من الافراد ولا خفاء في اختلافهما وتغايرهما فترك ذلك نقص في التعقل وقوله لا معنى لهذا أيضاً لان عقاد الاجماع الخ يجب عنه بأنه انما تنزيم القسمة فيه

(قوله كان لالاخر ولاية المشاركة) أقول غير مسلم قال صاحب الهداية في فصل في الدين المشتركين من كتاب الصلح ولا سبيل للشريك على التوبة لانه ملكه بعد عهده (قوله ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن) أقول الظاهر أن يقال بما يؤديه (قوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريك) أقول تعليل لقوله ولا معنى لما قيل الخ (قوله وليس فيه معنى القسمة) أقول أجاب عنه الشارح في كتاب الصلح بأن القسمة في صورة البيع ضمنية فلا معتبر لها فراجع (قوله نقله صاحب النهاية) أقول نقله من الفوائد الظهيرية (قوله يجب عنه بأن نصيب الشريك الخ) أقول فيه تأمل

لان ما اشتري أحدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان لا شراً أن يشاركه بخلاف ما إذا باع اصفقتين بأن سمي كل واحد منهما  
ثلاثين نفسه ثم ضمن أحدهما الآخر بنصيبه فان الثمن صحيح لا يميز نصيب كل منهم ما عن نصيب الآخر لانه لا شركة ثمة لانها  
تكون بالتحاد الصفة والافرض خلافه واستوضح بقوله ألا ترى أن المشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويرد الآخر وله أن يقبض نصيب  
أحدهما إذا نقدت حصته وان كان قبل الكل ولو اشترى الصفة لم يكن له ذلك قال (ومن ضمن عن آخر خراجيه وفوائبه  
وقسمته فهو جائز الخ) الثمن عن الخراج والنواب والقسمه جائز أما الخراج فقد تقدم في قوله من قبل والرهن والكفالة جائزان  
في الخراج قبل والمراد به الموظف وهو الواجب في الذمة بأن يوظف الامام في كل سنة على مال على ما اراد دون المقاسمة وهي التي يقسم  
الامام ما يخرج من الارض لانه ليس في معنى الدين لعدم وجوبه (٤٣١) في الذمة وقد تقدم في هذا الشرح

ما يفرقه بين الخراج  
والزكاة وذكر المصنف  
رحمه الله فرقا آخر بقوله  
وهو يخالف الزكاة لانها  
مجرد فعل اذا الواجب فيها  
تملك مال من غير أن  
يكون بدلا عن شيء والمال  
آلته ولهذا لا تؤدي بعد  
موته الا بالوصية

بخلاف ما إذا باع اصفقتين لانه لا شركة ألا ترى أن المشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض إذا نقد  
عن حصته وان قبل الكل قال (ومن ضمن عن آخر خراجيه وفوائبه وقسمته فهو جائز) أما الخراج فقد  
ذكرناه وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدي بعد موته من تركته الا بالوصية

يجوز كما أنه لو باع نصيبه من العين يتجوز وليس فيه معنى قسمة الدين قبل قبضه فعلى الوجه الذي  
صح هذا يكون نصيب شريكه المضمون له قال في الفوائد الظهيرية بعد أن أورد هذا ولكن التعويل  
على ما ذكرنا من يد ما قررناه من بطلان الثمن حيث صح لكن بعد ما صار الوجه مرددين كون  
الضمن بنصف شائع أو بنصف شريك وبطل الأول بما ذكر الناظر ان يختار الثاني ويدفع لازمه  
الباطل بما ذكرنا الآن ان يفرق بين شرائه حصته وبين ضمانه أو يخص البطلان بما إذا أراد ضمان  
النصف شائعا ويحكم بأنه المراد وقوله (بخلاف ما إذا باع اصفقتين) يعني بخلاف ما لو باع الشرى كان  
العبد صفتين بأن باع هذا نصيبه على حدته وهذا كذلك من ذلك المشتري ثم ضمن أحدهما الآخر نصيبه  
أو باعاهما وسماها لكل نصيب ثنائى ضمن أحدهما صاح الضمان (لانه لا شركة) بينهما بحكم الشرع  
بذلك ولذا لو قبل المشتري في نصيب أحدهما فيما إذا باعاهما دون الآخر صح ولو قبل الكل ثم نقد حصته  
أحدهما ملك قبض نصيبه على الخصوص ولا يخفى ان هذا في الثاني محمول على ما إذا أعاد مع تفصيل الثمن  
لفظة البيع عند أبي حنيفة والافهوعلى قولهما في تعدد الصفة على ما سلف في البيع قال الامام  
فاضيخان ولو تبرع يعنى الشريك بالاداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه لان التبرع لا يتم  
الا بالاداء وعند الاداء يصير مقطاعا في المشاركة فيصح وجواز التبرع لا يدل على جواز الكفالة  
لان التبرع أسرع جوازاً من الكفالة ألا ترى انه يجوز التبرع ببذل الكتابة ولا يجوز الكفالة به (قوله  
ومن ضمن عن آخر خراجيه وفوائبه وقسمته فهو جائز) أما الخراج فقد ذكرناه قبل هذا الفصل بقوله  
والرهن والكفالة جائزان في الخراج (وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل) هو عليك طائفة من ماله  
مقدرة لا دين ثابت في الذمة لان الدين اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلا عن مال ألتلف أو قرض  
اقترضه أو مبيع عقدي بعه أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة وهو المهر أو استئجار عين والزكاة ليست  
كذلك بل ايجاب اخراج مال ابتداء بدلا عن مال نفسه فليس بدين حقيقي ولو وجبت في نصاب مستهلك  
واغما لها شبه الدين في بعض الاحكام على ما قدمناه بخلاف الخراج لانه مال يجب في مقابلة الذب عن  
حوزة الدين وحفظه فيكون كالاجرة وقد قيدت الكفالة بما إذا كان خراجا وموظفا لإخراج مقاسمة

(قوله لان ما اشتري  
أحدهما بنصيبه الخ)  
أقول قال بعض الفضلاء  
هذا غير مطابق للواقع فان  
ما اشتراه أحدهما بنصيبه  
يقع الملك له خاصة وان كان  
للاخر حق المشاركة  
ألا ترى ان له أن لا يشاركه  
ولو كان واقعا على الشركة  
كما كان له ذلك وبالجملة  
فوقوع الملك له خاصة  
منصوص عليه وسيجيء  
ان شاء الله تعالى فلا وجه  
لما ذكره الاول أن يقال ان  
البيع أمر حكى وبإضافة  
البيع الى نصيبه مشاعا  
لا يلزم محذور بخلاف

إضافة الكفالة فان اعتبار الشيوع فيه يؤدي الى أن يصير ضمانا لنفسه من وجه وهو غير مشروع فوضع الفرق واندفع الاشكال ثم في  
صورة البيع اذا اعتبرنا اضافته الى نصيبه شائعا بقوله لما كان هو العاقد ووقع الملك له خاصة ولا يناقيه أن يكون فيه اعتبار اضافته  
الى حق صاحبه من وجه بناء على الشيوع فان الملك للعاقد وان أضاف الى تعدد غيره على ما عرف وأما نبوت حق المشاركة له فسيجيء  
انتهى ونحن نقول قوله وان كان لا شراً حق المشاركة غير صحيح أيضا بل ذلك فيما إذا صالحه عن نصيبه بثوب والتفصيل في الصلح في  
الدين المستترك ثم قوله وسيجيء يعني في الصلح في الدين المستترك ثم قوله فوضع الفرق واندفع الاشكال كلام خال عن الفائدة اذا ليس  
في كلامه ما يدفع الاشكال

وأما النوائب فقد رادهم إما يكون بحق وقد رادهم إما ليس بحق والاول ككرى الانتماء المشتركة وأجر الحارس للخدمة وما يوظف الامام  
لخدمة من الجيش وقد راد الاسارى بان استباح ان يخرجوا من ايش لقتال المشركين والى قداء اميرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف  
ماله الى الناس لذلك والتمس ان فيه جائز بالاتفاق وجوب ادائه على كل مسلم او جبهه الامام عليه وجوب طاعة من صاحب النظر  
للمسلمين والناس كالجبايات في زماننا وهي التي يأخذها الظلمة في زماننا لئلا كالتجريف في اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يصح  
التمسك به الان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شئ عليه جهنا شرعا وقال بعضهم يصح رعيه اليه الامام  
اليزيدى يرد فخر الاسلام رحمه الله لان صدر الاسلام من مال الى عدم بعت اقال فخر الاسلام وأما النوائب فهي ما يلحقه من جهة  
المسلمين من سقى أو باطل أو غير ذلك مما ينوب به صحت الكفالة انهم ادبرون في حكم وجوب المطالبة به والعبرة في الكفالة للمطالبة لان  
شرعت لالتزامها وله هذا قلنا ان (٣٣٣)

وأما النوائب فان أريد بها ما يكون بحق ككرى التروايش ثم أجز الحارس والموظف لخدمة الجيش  
وقداء الاسارى وغيرهما جازت الكفالة بهما على الاتفاق وان أريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا فبقي  
اختلاف المشايخ رحمه الله وعن عجل الى النسخة الامام على اليزيدى وأما القسمة فقد قيل هي النوائب  
بعضها أو حصة منها والرواية بأو وقيل هي النائية الموظفة الراتبه والمراد بالنوائب ما ينوب به غير راتب  
والحكم ما بيناه

وهو ما يجب فيما يخرج فانه غير واجب في الذمة (وأما النوائب فان أريد بها ما يكون بحق ككرى التروايش  
المشتركة) العامة (وأجر الحارس) للخدمة الذي يسمى في ديار مصر الخفير (والموظف لخدمة الجيش) في  
حق (وقداء الاسارى) اذ لم يكن في بيت المال شئ (وغيرها) مما هو بحق (فالكفالة بالجائز بالاتفاق)  
لانها واجبة على كل مسلم مؤسر بايجاب طاعة ولى الامر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال  
أول منة ولا شئ فيه (وان أريد بها ما ليس بحق كالجبايات) الموظفة على الناس (في زماننا) ببلاد فارس  
على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان في كل يوم أو شهر أو ثلاثة أشهر فانه اطم فاختلف المشايخ في  
صحة الكفالة بها فقيل تصح اذ العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة اما بحق أو باطل ولهذا قلنا ان من  
تولى قسمته بين المسلمين فعديل فهو مأجور وينبغي ان كل من قال ان الكفالة ضم في الدين يمنع صحتها  
هنا ومن قال في المطالبة يمكن أن يقول بغيرها ويمكن أن يمنعها بناء على أنها في المطالبة بالدين أو معناه  
أو مطلقا (ومن عجل الى النسخة الامام اليزيدى) يرد فخر الاسلام أما أخوه صدر الاسلام فأبى صحة  
الكفالة بهما (وأما القسمة فقيل هي النوائب بعضها أو حصة منها) اذا قسمها الامام ولا حاجة الى كون  
الرواية قسم بلاهه لان قسمة في القران بمعنى قسم قال تعالى ونبتهم ان الماء قسمة بينهم اذ لا معنى  
لضمان حصة القسمة بالمعنى المصدرى لكن لو كان كذلك لكان ينبغي كون الرواية بالواو وليكون  
من عطف الخاص على العام ليكن الرواية بأو (وقيل النائية الموظفة الراتبه والمراد بالنوائب) ما هو  
منها غير راتب فتغارا (والحكم) يعنى في القسمين (ما بيناه) من الصحة في أحدهما والخراف في الاخرى  
ثم من أحبا بنام قال الأفضل للانسان ان يساوى أهل شملته في اعطاء النائية قال شمس الأئمة

وان كان من جهة الذي  
ياخذ بالاول وله هذا قلنا ان  
من قضى نائبة غيره بانه  
يرجع به عليه من غير  
شرط الرجوع استحضانا  
بتمتله عن المبيع قال شمس  
الأئمة هذا اذا مر به  
لا عن اكره اما اذا كان  
مكرها في الامر فلا يعتبر  
أمره في الرجوع وأما قوله  
وقسمته فقد دكر عن  
أبي بكر بن سعيد أنه قال  
وقع هذا الخرف غلط لان  
القسمة مصدر والمصدر  
فعل وهذا الفعل  
غير مضمون وأجيب بأن  
القسمة قد تعني بمعنى  
النصيب قال الله تعالى  
ونبتهم ان الماء قسمة بينهم  
 والمراد بالنصيب وكان  
الفقيه أبو جعفر الهندواني  
يقول معناه ان أحد

الشريكين اذا طالب القسمة من صاحبه وامتنع الاخر عن ذلك فضمن انفسا ليقوم مقامه في القسمة جاز  
ذلك لان القسمة واجبة عليه وقال بعضهم معناه اذا قسم ما تمنع أحد الشريكين قسم صاحبه فمكون الرواية على هذا قسمه بالضمير  
لا بالتاء وقد علمت ان القسمة بالتاء تعني بمعنى القسم بلا تاء وقال بعضهم هي النوائب بعضها وقد كثر تفسير النوائب بحق وبغيره وعلى  
هذا فذكره بالواو للبيان من باب العطف للتفسير أو حصة منها أى من النوائب يعنى اذا قسم الامام ما ينوب العامة فهو مؤنة كرى التروايش  
المشتركة فأصاب واحد شئ من ذلك فيجب أدائه فكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع قبل ولكن كان ينبغي أن يذكر الرواية  
على هذا التقرير وقسمته بالواو وليكون عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسوله وجبريل وميكال  
فأشار المصنف رحمه الله الى أن الرواية بأو على تقدير أن تكون القسمة حصة من النوائب لان القسمة اذا كانت حصة منها فهو محل أو أما  
اذا كانت هي النوائب بعينها فهو محل الواو الامر وقيل هي النائية الموظفة الراتبه والمراد من النوائب ما ينوب به غير راتب قيل  
وعن قاله القول الامام فخر الاسلام والحكم ما بيناه يعنى جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق واختلاف المشايخ فيما كان بغيره

قال (ومن قال لا آخر لك على مائة الى شهر الخ) ومن قال لا آخر لك على مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي لكونه محالاً وان قال ضمننت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن وروى عن أبي يوسف إبراهيم بن يوسف ان القول فيه ما للمقر له وقال الشافعي القول فيه ما للمقر له ان الدين نوعان حال ومؤجل فإذا أقر بالمؤجل فقد أقر بأحد النوعين فالقول قوله اعتباراً بالكفالة وأجيب بنفسه لا اعتبار لان الاجل في الدين عارض كما سيأتي ولا يبي يوسف انهما متصادقان على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا بحجة اعتباراً بالاقرار بالدين وأجيب بما أجيب به الشافعي ووجه الفرق بينهما ان المقر أقر بالدين مدعياً حقه لنفسه وهو تأخير المطالبة الى أجل فكان ثمة اقرار على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثاني يحتاج الى برهان فإذا عجز عنه كان القول بالنكر وفي الكفالة ما أقر بالدين لانه ليس عليه دين في الصحيح كما تقدم وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضح الفرق بينهما ولقائل أن يقول هب انه لا دين عليه فيقر به أليس انه قد أقر بالمطالبة فلا خصم (ص ٣٢٤ ع ٤) أن يقول أقر بالمطالبة مدعياً حقه لنفسه وهو تأخيرها الى أجل فكان

ثمة اقرار على نفسه الى آخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق وعلى تقدير عساه فهو متعارض بأن يقال الكفالة لما كانت التزام المطالبة في الحال وجب ان لا يثبت الاجل عند دعواه الكفيل لانه اذا ثبت بطلت الكفالة وفيه من التناقض ما لا يخفى والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول اقتناعاً بما جدياً لدفع الخصم في المجلس وذكر الثاني لمن له زيادة استبصار في الاستقضاء على ما ذكر وان الكفالة التزام المطالبة أعم من كونها في الحال أو في المستقبل والثاني موجود فيهما نحن فيه فلا مناقضة (قوله ولائ الاجل في الدين عارض) هو الفرق الثاني ومعناه على أن لا يثبت بشئ الا بشرط

(ومن قال لا آخر لك على مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي ومن قال ضمننت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن) ووجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقه لنفسه وهو تأخير المطالبة الى أجل وفي الكفالة ما أقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولائ الاجل في الدين عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار أما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلاً على الاصل هذا كان في ذلك الزمان لانه اعانة على الجائحة والجهاد أما في زماننا كثرة النوائب تؤخذ ظلماً ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له وان أراد الاعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقير يستعين به الفقير على الظلم وينال المعطى الثواب وقوله والحكم ما بيناه يعني ما ذكره من ان الكفالة فيما كان بحق جائز وبغير حق فيها خلاف (قوله ومن قال لا آخر) المراد الفرق بين مسئلتين احدهما من أقر بدين مؤجل لرجل فاعترف بالدين المقر له وأنكر الاجل القول للمقر له ولو أقر بكفالة لرجل بدين مؤجل فاعترف المقر له وأنكر الاجل القول للكفيل في ظاهر الرواية بخلاف الشافعي حيث ألحق الاول بالثاني فجعل القول في المسئلتين للمقر ولا يبي يوسف على رواية إبراهيم بن رستم حيث ألحق الثاني بالاول فجعل القول فيهما للمقر له وما وقع في أكثر نسخ الهداية من عكس ذلك وهو ان الشافعي ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف قلبه سهو من الكتاب وجه قول الشافعي رحمه الله ان الدين نوعان حال ومؤجل فاعترفه بالمؤجل كالاتفاق بنوع الاعتراف بمحنة رديئة أو جارية فلا يلزم النوع الاخر فالقول للمقر له كالكفيل وجه قول أبي يوسف انهما متصادقان على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق الا بحجة كما في الاول وصار الاجل كالخيار فيما لو أقر بالكفالة على أنه بالخيار وأنكر الطالب القول للطالب في انكاره الخيار وجه المذهب أن المقر بالدين أقر بما هو سبب المطالبة في الحال اذا اظهر أن الدين كذلك لانه انما يثبت بدلا عن قرض أو اتلاف أو بيع ونحوه والظاهر أن العاقل لا يرضى بشرط مستحقة في الحال الا بيسد في الحال فكان الحساو الاصل والاجل عارض فكان الدين المؤجل معروضاً للعارض لا نوعاً (ثم ادعى لنفسه حقا وهو تأخيرها) والاخر ينكره (وفي الكفالة ما أقر بالدين) على ما هو الاصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها في

(٥٥ - فتح القدير خامس) كان من عوارضه وما يثبت له بدونه كان ذاتياً له وهو حسن لان الوقوع لنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت لذلك فكان عارضاً والاجل في الدين بهذه المثابة لان ثمن الساعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الاجل فيها الا بشرط وفي الكفالة ليس كذلك فانه يثبت مؤجلاً من غير شرط اذا كان مؤجلاً على الاصل فكان الاجل ذاتياً لبعض الكفالة متوقفاً على كالتأجيل لبعض الحيوان وهذا أقصى ما يتصور في الفقه من الدقة في اظهار المأخذ اذا كان الاجل في الدين عارضاً لا يثبت الا بشرط كان القول قول من أنكره مع البين كما في شرط الخيار واذا كان في الكفالة ذاتياً كان اقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله ووقع في المتن

(قوله وأجيب بما أجيب به الشافعي) أقول يعني بنفسه لا اعتباراً وفيه شيء (قوله والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول الخ) أقول وعندى ان الفرق الاول أيضاً صحيح لا يرد عليه ما أورده فان المقر بالدين أقر بوجوب نفس الدين في ذمته في الحال وادعى تأخر وجوب أدائه والمقر له ينكر ذلك والمقر بالكفالة لم يقر بشئ في الحال بل يدعي ذلك المكشول له والكفيل ينكره فتأمل وهذا كلام اجمالي كتبه تذكراً

والشأن في ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف فيما يروى عنه ألحق الاول بالثاني والعكس هو المشهور من مذهبهما، فمن الشارحين من جعل على الراويين عن كل واحد منهما أو منهم من جعله على القلطن الناسخ ولعله أظهر (قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك الخ) ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك (ع ٤٣) وقد تقدم معناه فاستحق الجارية لم يأخذ المشتري الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع برد الثمن لان

والشافعي رحمه الله ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه ألحق الاول بالثاني والفرق قد أوضحناه قال (ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحققت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لان مجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحريه لان البيع يبطل به لعدم الحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن أبي يوسف أنه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الاصل

احتمال الاجازة من المستحق ثابت وبونه يمنع أن يأخذ الكفيل بالثمن لان مجرد قضاء القاضي بثبوت الاستحقاق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له برد الثمن عليه فلو كان الثمن عبداً فاعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ اعتاقه واذالم ينتقض لم يجب الثمن على الاصيل واذالم يجب على الاصيل لم يجب على الكفيل وانما قال على ظاهر الرواية احترازاً عما قال أبو يوسف في الامالي له ان يأخذ الكفيل قبل أن يقضى له على البائع لان الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك يجب على الكفيل فان قيل فاذا قضى الحاكم بالحريه فيه مجرد القضاء ائتمن للمشتري حق الرجوع فما الفرق بينهما وما بين الاستحقاق وأجاب المصنف بقوله بخلاف القضاء بالحريه لان البيع يبطل به لعدم الحلية فيرجع المشتري على البائع وكفيله إن شاء وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الاصل أراد بترتيب الاصل

الحال والكفيل يشكر ذلك فالقول له وهذا لان التزام المطالبة يتنوع الى التزامها في الحال أو في المستقبل كالكفالة بما ذاب والدرك فاما أقرب بنوع من غيرها فلا يلزم بالنوع الآخر بخلاف الكفالة على أنه باظهار فانهم اضعفوا لقله وجودها فتركت منزلة العدم وهذا مختص من ادعى مالا وهو مؤجل في الواقع فان اعترف به مؤجلاً لا يصدق وان أنكر يكون كاذباً وخاف ان اعترف به كذلك لا يصدق في الاجل فالحيلة أن يقول للمدعي هذا المال الذي تدعيه مؤجل أم مجهل فان قال مؤجل حصل المقصود وان قال مجهل فينكر وهو صادق وفي العمود من عليه دين مؤجل اذا حلف ماله اليوم قبله شيء أرجو أن لا يكون به بأس ان كان لا يقصد به أو اعتقه (قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحققت لم يأخذ الكفيل) وفاعل يأخذ ضمير من والكفيل مفعول يعنى لم يطالب به (حتى يقضى له بالثمن على البائع لان مجرد الاستحقاق) أو القضاء به وبالمبيع (لا ينتقض البيع) أي لا ينسخ (على ظاهر الرواية) واحتراز بظاهر الرواية عن رواية الامالي عن أبي يوسف أنه يأخذ الكفيل قبل أن يقضى على البائع بالثمن لان الضمان توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك على الكفيل وجه الظاهر ما ذكر من أن مجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع بالضرورة لا يجب الثمن على البائع وهو على ملكه ولا يعود الى ملك المشتري حتى لو كان الثمن عبداً فاعتقه البائع بعد القضاء بالاستحقاق نفذ اعتقه وكذا لو كان المشتري باعها من غيره فاستحققت من يد الثاني ليس للمشتري الاول أن يرجع على بائعه مالم يرجع عليه المشتري الثاني كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد واذالم يجب الثمن على الاصيل لا يجب على الكفيل بخلاف ما لو قضى بحريه العبد ونحوه لان البيع يبطل به لعدم الحلية للمبيع فيكون استحقاقاً مبطلاً للملك رأساً وما نحن فيه استحقاق ناقل للملك فحليته للملك باقية واحتمال اجازة المستحق للبيع قائم ثابت فبابق هذا الاحتمال يبقى المالك بخلاف ما اذا قضى على البائع برد الثمن لارتفاعه حينئذ وصح في فصول الاستدراش أن للمستحق أن يجيز بعد قضاء القاضي وبعد قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه بالثمن والرجوع بالقضاء يكون فسخا من الاستحقاق المبطل دعوى النسب ودعوى المرأة الحرمة الغليظة ودعوى الوقف في الارض المشتركة أو ان كانت مسجداً أو بشارك الاستحقاق الناقل في أن كلامهم ما يجعل المستحق عليه ومن ذلك الشيء من جهته مستحقا عليهم حتى انه لو أقام واحد منهم البينة على المستحق بالملك المطلق لا تقبل بينته ويختلفان في أن كل واحد من الباعة في الناقل لا يرجع على بائعه مالم يرجع عليه ولا يرجع على كفيل الدرك مالم يقض على المكفول عنه وأسلفنا من مسائل الاستحقاق جملة وقوله (وموضعه) أي الاستحقاق (أوائل الزيادات في ترتيب الاصل) يريد ترتيب محمد فانه بدأ باب المأذون واحترز بالاصل عن ترتيب الكاش الآن فانه ترتيب

ترتيب محمد فانه افتتح كتاب الزيادات باب المأذون مخالفاً لترتيب سائر الكتب تبركاً بما لم يبه أبو يوسف فان محمد أخذ الى ما أملى وبين أبو يوسف باباً باجعله أصلاً وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب فكان أصل الكتاب من تصنيف أبي يوسف (قوله ووجب للمشتري الخ) اقول فيه شيء إلا أن يكون ووجب بمعنى ثبت



وزيادته من تصنيف محمد وإثبات صحة كتاب الزيادات وكان ابتداء سلاحي يوسف في هذا الكتاب من باب المأذون ولم يغيره محمد تبركا به ثم رتب الزعفراني على هذا الترتيب الذي هو عليه اليوم (ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالتيمان باطل) ذكره نانا ثلاث مسائل الاولى ضمان العهدة وتال انه باطل ولم يثبت خلافاً واثنان ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالث ضمان الخلاص وقد اختلفوا فيه فاما بطلان الاولى فلان هذه اللفظة مشتبه لا شترالك وقع في استعمالها فانها تقع على الصك القديم الذي عند البائع وهو ذلك البائع غير مضمون عليه ومالكيس يضمنون على الاصيل لا تصح الكفالة به وقد تقع على العهدة لانها مأخوذة من العهد والعهد والعقد واحد وقد تقع على حقوق العهدة لانها من ثمرات العقد وقد تقع على الدرك وشوار جوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وعلى خيار الثمر كاجاء في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة أيام أي خيار (٤١٥) الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز الحمل به

عليه فصار مباحا عند العمل به وأما جواز الثاني أي ضمان الدرك فان العرف فيه استعماله في ضمان الاستحقاق فصار مباحا له فوجب العمل به وأما الثالث فأبو حنيفة رحمه الله قال هو عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا إحالة أي على كل حال وتقدير وهو التزام لا يقدر على الوفاء به لانه ان ظهر مستحقا فربما لا يساعده المستحق أو حرا فلا يقدر مطلقا أو التزاما لا يقدر على الوفاء به باطل وهو ما جعله بمنزلة الدرك تصحح الضمان وهو تسليم المبيع ان قدر عليه أو تسليم الثمن ان عجز عنه وضمن الدرك صحيح وأجيب بأن فراغ الذمة أصل فلا تشغل بالشك والاحتمال ذكر أبو زيد في شرطه

(ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالتيمان باطل) لان هذه اللفظة مشتبه قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العهدة وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمال في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا إحالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فصح

أي عبد الله الزعفراني تلميذ محمد بن الحسن فإنه غير ترتيب محمد إلى ما هو عليه الآن وانما سماه محمد بالزيادات لان أصول أبوابه من أمالي أبي يوسف فكان محمد يجعل ذلك الباب من كلام أبي يوسف أصلا ثم يبدعه بقرع بعبارة قوله (ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالتيمان باطل لان هذه اللفظة مشتبه) المراد فانها (تقال للصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه) وقال الشيخ أبو بكر الرازي هو كتاب الشراء وهو ملك المشتري فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه وفي بلادنا يقال خلاص منه وهو مكتوب شراء الجوارى وتقال لنفس العهدة لان العهدة من العهد كالعهد من العقد والعهد والعقد واحد وتقال على حقوق العقد لانها ثمراته وعلى خيار الشرط وهي في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة أيام أي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه قد بيناه واذنا تعددت المفاهيم تعذر العمل بها قبل البيان (بخلاف) ضمان الدرك فإنه استعمال في ضمان الاستحقاق عرفا) فلا تعذر وذكر بعض المشايخ ان عند أبي حنيفة ضمان العهدة هو ضمان الدرك (ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع) ان قدر عليه (أو) تسليم (قيمه) وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي الخصاص أن تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد يعني فيكون صحيحا لانه ضمان الدرك عندهما تصحح الكلام فقت الالفاظ ثلاثة ضمان الدرك جائز بالاتفاق وضمن العهدة لا يجوز بانفاق ظاهر الرواية وضمن الخلاص مختلف فيه في ظاهر الرواية وقد ذكر أبو زيد في شرطه أن أباحنيفة وأبو يوسف كانا يكتبان في الشروط فمأدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن وان لم يرد الثمن يفسد لانه يبقى الضمان بتخليص المبيع وعلم من هذا أن الخلاف فيما اذا ذكر ضمان الخلاص مطلقا أما اذا قال خلاص المبيع أو رد الثمن أو اراد ذلك واتفقا على ارادته فيجوز بالاجماع

ان أباحنيفة وأبو يوسف رحمه الله كانا يكتبان في الشروط فمأدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن فهذا يشير إلى ان بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا اما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جائز قيل وعلى هذا ففي كلام المصنف نظر لان الواجب عند العجز عن تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بأن المراد به الثمن مجازا شهرة أسرته متعذرة وبلاغة التركيب باستعمال المجاز فيما لا يلتبس فضيلة هذا ما يدل عليه كلام المصنف وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي الخصاص ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد وهو تفسير الدرك وهذا يدل على ان الخلاف في العهدة أيضا ثابت وذكر في الفوائد الظهيرية وأما ضمان العهدة ففسد ذكره هنا أي في الجامع الصغير انه باطل ولم يحك خلافا وذكر بعض مشايخنا ان عند أبي حنيفة ضمان العهدة ضمان الدرك وهو خلاف ما ذكره المصنف فكأنه اعتمد على ما في الجامع الصغير وذكر بطلانه من غير ذكر خلاف والله أعلم بالصواب

( باب كنهالة الرجلين )

لما خرج من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لما ان الاثنين بعد ان اُخذ منه ما فاق آخر وضعه البناء في الوضع الطمع قال (واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه الخ) اذا اشترى الرجلان عبدا بألف فالثمن دين عليه ما لا يحالة فان كفيل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزبد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد من الشريكين في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل وكل من كان في النصف أصيلا وفي النصف الآخر كفيل لا أدى الى تمام النصف كان عماله عليه بحق الاصلية ثم قال لي أقرى ما عليه كذا واشترى ثوبا عشرة دراهم بعشرين درهما فنقد في المجلس عشرة جعل المتودع من الصرف لان ازاحه ما أقوى لما جئته الى القبض (٤٢٦)

باب كفالة الرجلين

(وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما ما كفيلا عن صاحبه كما إذا اشترى بائة دنانير درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزده ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة) لأن كل واحد منهما ما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيلا ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصله وبحق الكفالة لأن الأول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للأول فيقع عن الأول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع لأن أدائه نائمه كآدائه

﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

لمنازل هذا مما قبله منزلة المالك من المفرد ذكره عقبه ( قوله وإذا كان الدين على اثنين بأن اشتريا معا عبدا بألف ) أو اقترضا معا ( وكفل كل منهما ما عن صاحبه فأداه أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيدا يؤديه على النصف فيرجع بالرائد ) وجهين أحدهما ( ان كلامه ما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصله (و) ما عليه (بحق الكفالة) لقوة الاول وضعف الثاني (لان الاول دين) عليه (والثاني مطالبة) بلادين (ثم هو تابع) فوجب صرف المؤدى عن الاقوى تقديما له على الاضعف على ما هو مقتضى العقل والعادة لا يقال ان هذا يقتضى أن على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة يكون المؤدى بينهما كما هو قول طائفة من مشايخنا ونقله ابن قدامة عن الأئمة الثلاثة لهذا الآن يصرفه بنيتة أو بلفظه الى أحدهما لانا نقول الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا فان الدين الثابت عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الاصله ألا ترى ان المريض اذا اشتري في مرض موته شيئا كان من جميع المال ولو كفل كان من الثلث وأيضاً واشترى المريض وعليه دين جاز ولو كفل وعليه دين لا يجوز وأما كونه يصرف بنيتة قلنا التعيين في الجنس الواحد لغو وهذا دين واحد حتى لو كان نصف الدين بقرض مثلاً ونصفه ببيع وعين صح ادنى الجنسين به تبرع عينه لانه حينئذ مفيد ثانيهما (انه لو وقع في النصف عن صاحبه) للكفالة كان له أن يرجع عليه به (فلا صاحبه أن يرجع) بعين ما يرجع عليه به المؤدى (لان أداء ثابته) بعينه بأمره (كأدائه) بنفسه ولا أدى بنفسه يرجع فكذا بان ثابته لكن اذا جعله كله

وهي تابعة للدين لا بتسليمها  
على الدين فان المطالبة بالدين  
بدون الدين غير متعينة ولا  
يعارضه بل يترجع الدين  
عليه او يتصرف المتصرف  
اليه الى تمام النصف وفي  
الزيادة عليه لا معارضة ان  
لم يكن عليه فيما يمتحق الاصاله  
شيئا ثابتا في المعارضة بالتقاء  
أحد المتعارضين وفي  
النصف كان اتقاؤا لكون  
أحدهما راجحا لالائه فانه  
(قوله ولانه) دليل آخر على  
ذلك أو رده بتيمس الخلف  
فانه جعل نقيض المدعى  
وهو الرجوع على صاحبه  
مستلزما لمحال وهو رجوع  
صاحبه عليه المستلزم للدور  
فانه قال لو وقع في النصف  
عن صاحبه فيرجع عليه  
فلا صاحبه أن يرجع عليه  
لكن ليس لصاحبه أن يرجع  
عليه لانه يؤدي الى الدور  
فلم يقع في النصف عن صاحبه  
ليرجع عليه وقوله (لان أداء)

نائبه كادانه) بيان للالزمة وتقرر ان صاحب المؤدى يقول له انت أديته عني بأمرى فيكون ذلك كأدائى ولو أديت عن  
بنفسى كان لى ان أجعل المؤدى عنك فان رجعت على وأنا كفيل عنك فأنا أجعله عنك فأرجع عليك لان ذلك الذى أديته عني

﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

(قوله وفي النصف كان انتفاؤها الكون أحدهما راجحا للانتفائه) أقول ضمير انتفاؤها راجع الى المعارضة وضمير لا انتفائه راجع الى أحدهما (قوله مستلزما لمحال وهو رجوع صاحبه عليه) أقول قوله وهو راجع الى محال قال المصنف (لأن أداء نائبه كآدائه فيؤدى الى الدور) أقول فى الملازمة ما لا يخفى قوله لأن أداء نائبه كآدائه ان أريد كآدائه عن نفسه بحيث الاصاله أو ما يعه فسلم ولا يفيد وان أريد كآدائه بحيث الكفالة فمضوع وكيف يكون أداء كفيله عنه كآدائه عن كفيله فليتم امل

فهو أدائي في التقدير فلو أدبت حقيقة ترجعت عليك في تقدير أدائي كذلك والشريك الآخر يقول مثل ما قال فأدى الى الدور ولم يكن في الرجوع فائدة فبعلنا المؤدى عن نصيبه خاصة الى تمام النصف لمنقطع الدور بخلاف الزيادة على النصف فإنه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه ان يرجع عليه اذ ليس على الشريك بحكم الاصل (٤٣٧) الا النصف فيفيد الرجوع (واذا كفل

رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه) بكل المال وعن الاصيل كذلك فاجتمع على كل واحد من الكفيلين كفالان كفالة عن الاصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة

لكل واحد منهما مطالبة له على الاصيل وأخرى على الكفيل فتصح الكفالة عن الكفيل لان موجب الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفيل مطابته فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح حوالة الخصال عليه بما التزم على آخر وهو معني قوله ومعنى المسئلة في الصحيح (وكل شيء أداه

أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان المؤدى أو كثيرا) لان ما أدى أحدهما وقع شائعاً عنهما ما اذ الكمال كفالة فلا ترجع للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فان الاصل في النصف راجحة بعد صورة المعارضة بينهما وبين الكفالة واذا وقع شائعاً رجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل فيه في الهلة فان أحدهما علمته أقوى من الآخر فلم يستويا فلم يستوموجها فلذا لا يرجع الا بجزء ما تقدم

فيؤدي الى الدور (واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان أو كثيرا) ومعنى المسئلة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الاصيل وكما تصح الحوالة من الخصال عليه واذا عرف هذا فإذا أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما اذ الكمال كفالة فلا ترجع للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل الرجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض الرجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم

عن صاحبه فتقول بذلك ليرجع بجميع ما رجع به صاحبه والالم يكن له أن يرجع الا بنصف ما رجع به صاحبه بيانه أدى الاول مائتين يرجع بنصفها لانه في احدى المائتين أصيل فاذا رجع به على صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكتلها الا اذا اعتبر بنفسه مؤدياً كما هو عن صاحبه المؤدى حقيقة والالم يرجع الا بنصفها لانه لو أداهما حقيقة بنفسه انصرف منها خسون الى ما عليه اصالة وخسون الى ما عليه كفالة وانما يرجع بما عليه من الكفالة (فيؤدي الى الدور) وما يؤدي اليه ممنوع فيمنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه والتغير حكم الشرع اذ الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع وقد علمت أنه امتنع للدور واعلم ان ليس المراد حقيقة الدور فانه توقف الشيء على ما يتوقف عليه ورجوع المؤدى ليس متوقفاً على رجوع صاحبه بل اذ يرجع الآخر أن يرجع ولا يلزم كونه في مال واحد بل ان شاء أعطاه ما أخذ منه فاذا رجع الآخر استفاده أو أعطاه غيره وكذا الاول فاللازم في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما فيمنع الرجوع المؤدى اليه والحق أن هذا الوجه باطل لان رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن يسوغه شرعاً اعتباراً بالمؤدى عنه انه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدى لانه اعتبار باطل يؤدي الى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى الى الطالب وهو تقيض ما يقطع به من الشرع ان المؤدى هو الذي يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى وكيف يكون أداء الانسان عن غيره سبباً لان يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر هذا مجازفة عظيمة (قوله) واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا أو كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة (من غير نظر الى أنهم مع الدين أولاً) فتجتمع الكفالان وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل لانه التزام ما على الكفيل من المطالبة بما كفل به (كما تصح عن الاصيل) بالتزام المطالبة بما عليه (وكما تصح الحوالة من الخصال عليه) للحال بما أحيل به عليه على آخر (واذا عرف هذا فإذا أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما اذ الكمال كفالة) ما عن نفسه وما عن الكفيل الآخر (فلا ترجع للبعض على البعض) ليقع النصف الاول عن نفسه خاصة (بخلاف ما تقدم) واذا لم يرجع ما عليه من جهة المديون وما عليه من جهة الكفيل الآخر (فيرجع على شريكه بنصف جميع ما أدى ولا يؤدي الى الدور لان قضيته هذا الاستواء) للاستواء في العلة وهي الكفالة (وقد حصل الرجوع أحدهما) وهو المؤدى بنصف ما أدى فتقضيه رجوع غير المؤدى بلا موجب بخلاف ما تقدم (لا استواء فيه في الهلة فان أحدهما علمته أقوى من الآخر فلم يستويا فلم يستوموجها فلذا لا يرجع الا بجزء ما تقدم

برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض الرجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم قال المصنف (وبالكل عن الشريك) أقول فيه بحث قال المصنف (فتجتمع الكفالان على ما مر) أقول قبل ورقتين في تعليل قوله ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلاً آخر فهما كفيلان

لأن كل واحد منهما يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشرائه بنفسه ونصفه بكفاله عن شريكه وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدي إلى الدور كما تقدم وإنما قال في الصحيح ليعاين القرو ع المبنية على ذلك فإنه قال (ثم يرجعان على الأصل لأنهما أدبا عنه أحدهما بنفسه والاخر بنائبه) ولولم يكن كل منهما كفيلاً عن الأصل كان الرجوع عليه من كفل عنه لاهما أو قال (وان شاء) يعني من أدى منهما شيئاً (رجع بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل عنه بجميع المال بأمره) ولو كان أحدهما كفيلاً عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الأصل وقال (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصل فبقى المال كله على الأصل والاخر كفيل عنه بأكمله (٨٣٨) على ما بيناه) من قوله أن تكون الكفالة بالكل عن الأصل ولهذا أخذ به وهو ظاهر

قال (واذا اختلف المتفاوضان فلا صحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين الخ) إذا اختلف المتفاوضان وعلم ما دين فلا صحابه أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع ذلك فإن أدى أحدهما شيئاً لم يرجع على شريكه بشيء حتى يزيد المؤدى على النصف

ف يرجع بالزيادة لأنها تنعقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة وحيث كان للغرماء أن يطالبوا أيهما شاءوا بجميع الدين لأن الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق فإذا طلبوا أحدهما وأخذوا الدين منه ليس له أن يرجع على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما صر من الوجهين في كفالة الرجلين قال (واذا كتب العبدان كتابة واحدة الخ) وإذا كتب العبدان كتابة واحدة وأخذوا الدين من أحدهما بطلت الكفالة لأنه كفل عنه بجميع المال بأمره (ثم أداه) ولو أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصل فبقى المال كله على الأصل والاخر كفيل عنه بأكمله (قوله) وإذا اختلف المتفاوضان فلا صحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما يرجع على صاحبه فكل شيء أداه أحدهما يرجع على صاحبه بنصفه) ووجهان هذا العقد جائز استحساناً (جائز استحساناً) خلافاً للأئمة الثلاثة كإلزام الكفالة واحدة فقط ولأنه كفالة يبدل الكتابة وهو باطل وأيضاً شرط فيه كفالة المكاتب وهو باطل والكتابة تبطل بالشروط الفاسدة وجه الاستحسان

النصف وهذا الفرق باعتبار الوجه الأول في المسئلة الأولى ولو كان الوجه الثاني صحيحاً لم يقع فرق باعتباره لأن مسوغ رجوع المؤدى عنه اعتبار نفسه أدى ما أداه عنه المؤدى واحتماله به عن المؤدى وهذا يمكن هنا بعينه بأن يقول هذا الذي ترجع على به بسبب أنك أديته عنى هو كادى بنفسى فسكنى أنا الذى أديته واحتماله به عنك فأنا أرجع عليك به ولا شك فى بطلان هذا فلا يقع الفرق إلا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الأول (ثم يرجعان) يعني الكفيلين المتكافلين (على الأصل لأنهما أدبا عنه أحدهما بنفسه والاخر بنائبه وان شاء رجع الكفيل المؤدى بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل عنه بجميع المال بأمره) ثم أداه (ولو أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصل فبقى المال كله على الأصل والاخر كفيل عنه بأكمله) (قوله) وإذا اختلف المتفاوضان فلا صحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما يرجع على صاحبه بنصفه على ما عرف في كتاب (الشركة) من أن شركة المفاوضة تنعقد على وكالة كل منهما عن الآخر وكفالة كل عن الآخر إلا ما استثنى (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما صر من الوجهين في كفالة الرجلين) المديون بدين واحد والله الموفق (قوله) وإذا كتب العبدان كتابة واحدة (بأن قال مثلاً كاتبك على ألف إلى عام) وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه ووجهان هذا العقد وهو عقد الكفالة (جائز استحساناً) خلافاً للأئمة الثلاثة كإلزام الكفالة واحدة فقط ولأنه كفالة يبدل الكتابة وهو باطل وأيضاً شرط فيه كفالة المكاتب وهو باطل والكتابة تبطل بالشروط الفاسدة وجه الاستحسان

وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه صح ذلك استحساناً والقياس بخلافه لأنه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة يبدل الكتابة وكل واحد منهما على انفراده باطل فمنه الاجتماع أولى أن يكون باطلاً أما بطلان كفالة المكاتب فإن الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه وأما بطلان الكفالة يبدل الكتابة فلما صر من أنها تقتضى ديناً صحياً وبطلان الكتابة ليس كذلك ووجه الاستحسان أن يجعل كل واحد منهما أصلاً في حق وجوب الألف عليه ويكون عتقه معلقاً بأداءه أى بأداء كل واحد منهما كأنه قال لكل واحد منهما أن أدت الألف فأنت حر وهذا وإن يجعل كل واحد منهما كفلاً بالألف عن صاحبه

قال المصنف (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) أقول ليس هذا موضع مال (قوله أى بأداء كل واحد منهما) أقول الأولى أن يطرح كلمة كل فانه ما يعتقان بأداء واحد منهما

كما سئد كره في المكاتب وهذا انما يستقيم اذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قد بيناها وما اذا اختلفت الكتابتان فان عتق كل واحد منهما  
تعلق بعمال على حدة فمعدر تصحيحه بهذا الطريق واذا عرف ذلك عرف استواءهما في الوجوب عليهم الاستواء في العلة أعني  
الكفالة فكان كل البديل مضمونا على كل واحد منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البديل فإداه أحدهما راجع بنصفه  
على صاحبه لاستواءهما ولو رجع بالكل أو لم يرجع بشئ لا تنتفت المساواة ولو لم يؤد يا شيا حتى أعتق المولى أحدهما صح العتق  
لمصادفة العتق ملكه وبرئ المعتق عن النصف لانه ماضى بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى  
النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبته ما حتى يكون موزعا منقسما عليهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا  
لتصحيح الضمان فكان ضرور بالاعتدال غير موضعها واذا أعتق استغنى عنه (٤٣٩) وانتفى الضرورة فاعتبر بمقابل برقبتهما

ولهذا ينتصف وعورض  
بأنه اذا كان مقبلا لهما  
كان على كل واحد منهما  
بعضه فيجب أن لا يصح  
الرجوع ما لم يزالم المؤدى  
على النصف لئلا يلزم الدور  
كما مر وأجيب بأن الرجوع  
بنصف ما أدى انما هو للنحرز  
عن تفريق الصفة على  
المولى لان المؤدى لو وقع  
عن المؤدى على الخصوص

وسئد كره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك فإداه أحدهما راجع بنصفه على صاحبه  
لاستواءهما ولو رجع بالكل لا تثبت المساواة قال (ولو لم يؤد يا شيا حتى أعتق المولى أحدهما جاز  
العتق) لمصادفة ملكه وبرئ عن النصف لانه ماضى بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق  
وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل  
على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر بمقابل برقبتهما فلهذا  
بنصف وللمولى أن يأخذ بمحصنة الذي لم يعتق أي ما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان أخذ  
الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤد عنه بأمره وان أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشئ لانه  
أدى عن نفسه والله أعلم

### باب كفالة العبد وعنه

انه يمكن أن يعتبر له وجه بصحة فيحمل عليه وهو أن يجعل المال على أحدهما وعتق الآخر معلقا  
بأدائه كافي الولد المولود في الكتابة فيجعل كل منهما في حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر  
معلقا بأدائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الاصل لا الكفالة وفي الحقيقة المال مقابل بهما  
فيقسم عليهم ما بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل منهما معلق بعمال عليه على حدة فمعدر  
تصحيحه وقها ورا ذلك الاعتبار المصحح الحقيقة هي المعتبرة حتى ان ما أداه أحدهما راجع بنصفه على  
صاحبه لاستواءهما (ولو لم يؤد يا شيا) حتى ان المولى (أعتق أحدهما جاز لمصادفة ملكه وبرئ عن النصف  
لانه ماضى بالمال الا ليكون وسيلة الى عتقه ولم يبق وسيلة) لخصول عتقه بطريق آخر (فيسقط  
ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل منهما احتيالا لتصحيح  
الضمان) والحامل عليه تشوف الشارع الى العتق (فاذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر بمقابل برقبتهما  
فوجب أن ينتصف وللمولى أن يأخذ بمحصنة الذي لم يعتق أي ما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة)  
وأورد عليه انه يستلزم كون الرقيق ضامنا لبديل الكتابة وهو لا يجوز أجيب بأن هذا في حالة البقاء لافي  
الابتداء كالأموال شهود النكاح (فان أخذ الذي عتق رجع على صاحبه بما أدى وان أخذ الآخر به  
لم يرجع) على الذي عتق (لانه) ربما (أدى عن نفسه)

### باب كفالة العبد وعنه

تصحح لكفالة ببدل الكتابة

وهي باطلة وأجاب بأن كل واحد منهما كان مطابا لجميع الاف والمالي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق  
الثبوت فان أخذ الذي أعتقه رجع على صاحبه بما أدى لانه أداه عنه بأمره وان أخذه صاحبه لم يرجع عليه بشئ لانه أدى عن نفسه

### باب كفالة العبد وعنه

حق هذا الباب التأخير لان العبد متأخر عن الحر اما لشرفه واما لان الاصل في بني آدم هو الحرية ووضع ترتيبه يقتضي تقديم كفالة  
العبد في البحث ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه

### باب كفالة العبد وعنه

(قوله ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق) أقول وبدا بالكفالة عن العبد القرب (قوله وفيه ما فيه) أقول فان عادة المصنفين  
ذكر الاجمال على وفق التفصيل وفيه منع



قال (ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه الخ) قوله لا يجب عليه صفة مالا وجواب المسئلة قوله فهو حال وعديل عن عبارة محمد رحمه الله في الجامع الصغير وهي قول محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالاً ولا غير حال الى عبارة في الكتاب لأن عبارة محمد تحتاج الى تأويل فان العبد اذا استهلك المال عياناً يؤخذ به في الحال قال فخر الاسلام مراده اذا أقر بالاستهلاك وكذبه المولى وقال بعضهم مراده العبد المحجور وعليه البالغ اذا أودع مالا فاستهلكه فانه لا يؤخذ به في الحال بل بعد الاعتاق عن أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وأما عبارته في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالاً ولا غيره (٤٤٠) فلا يحتاج الى شيء لتناوله ما اذا أقر العبد باستهلاكه الحال وكذبه المولى أو أقرضه

(ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالاً ولا غيره فهو حال) لان المال حال عليه لو جود البب وقبول الذمة الا أنه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر عوثرم اذا أدى رجوع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه (ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فبات العبد برئ)

آخر ما يتعلق به لتأخره بالرد بالرق (قوله ومن ضمن عن عبد مالا) موصوفاً بكونه (لا يجب على العبد حتى يعتق) كأن أقر باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه انسان أو باعه وهو محجور فانه لا يجب عليه الا بعد عتقه وكذا اذا أودع شيئاً فاستهلكه أو وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى بخلاف ما لو كان استهلاكه للمال مع ايمانه يؤخذ به في الحال فاذا كفل رجل عن العبد بالمال الذي لا يجب عليه الا بعد الحرية من غير أن يشترط في الكفالة تأجيلاً (و) هذا هو المراد بقوله (لم يذكر حلولاً ولا غيره لزوم) الكفيل (حالا لان المال حال على العبد لو جود السبب وقبول الذمة) وعدم الاجل وكيف والعتق لا يصلح أجلاً لجهالة وقت وقوعه وقد لا يقع أصلاً (و) انما (لا يطالب به لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى لم يرض بتعلقه به) أي يتعلق الدين بملكه (والكفيل غير معسر) فالمانع الذي تحقق في الاصل منفذ من الكفيل مع وجود المقتضى وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل فيطالب به في الحال (فصار كالكفيل عن مفلس أو غائب) يلزمه في الحال مع أن الاصل لا يلزمه وهذا أحسن في حلول هذه الكفالة بخلاف وجه تأخير الدين الى العتق وهو العسرة وعدم رضا المولى فانه لو لم يرض تأخير دين الاستهلاك المعين لعسرته وعدم رضا المولى بل الوجه عدم نفاذ تصرف غير المولى في حقه بما يضره أعني تصرف المقرض والبائع للعبد ولم يرض بايداع المودع عند عسره ولا بتكفين المرأة وعدم نفاذ قول العبد في حق المولى اذا كان يكذبه بخلاف الاستهلاك المعين فانه ليس فيه أحد هما فينفذ في حقه دفعا لضرر لم يتبب فيه على نفسه فيجب الدين في الحال فيؤخذ من كسبه ان كان له كسب والاتباع رقبته فيه الآن بفديه المولى هذا هو المرجع في قول محمد في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق (بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر عوثر) صحيح ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعين ينبغي أن يرجع قبل العتق اذا أدى لانه دين غير مؤخر الى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه ويبحث أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الامر بالكفالة من العبد أو السيد وقوى عندي كون المعتبر أمر السيد لان الرجوع في الحقيقة عليه (قوله ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فبات العبد برئ)

انسان أو باعه وهو محجور أو وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى أو أودعها انسان فاستهلكه فانه لا يؤخذ بذلك كله الحال أما صحة الكفالة في هذه الوجوه فانه كفل بمال مضمون على الاصل مقدم ودور التسليم للكفيل فتصح كما في سائر الديون سواء كانت في ذمة المولى أو المفلس وأما كونها حالا فلان المال على العبد المكفول عنه حال لو جود السبب وقبول الذمة لكن لا يطالب لو جود المانع عن المطالبة وهو العسرة اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين بملكه وهذا المانع غير متحقق في حق الكفيل لانه غير معسر فيجب العمل بالمقتضى وصار كالكفالة عن غائب تصح ويؤخذ به الكفيل حالا وان عجز الطالب عن المطالبة الاصل وكالكفالة عن مفلس بتسديد اللام فانها تصح ويؤخذ به الكفيل في

الحال وان كان في حق الاصل متأخر الى البسرة فان قيل اذا لم يؤخذ من العبد الا بعد العتق فلم لم يجعل هذا الكفيل بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل أيضا الا بعد الاجل أجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر عوثر يعني ان الدين ثمة تأخر عن الاصل عوثر أي بأمر يوجب التأخير وهو التأجيل لا يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا وقد ألزم الكفيل ذلك فلهذا مؤجلا ثم اذا أدى الكفيل رجوع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه (ومن ادعى على عبد مالا الخ) الكفالة بالنفس لانه تفاوت بين ما اذا كان المكفول بنفسه حر أو عبدا فانه يموت بيرا (قوله الى عبارته في الكتاب) أقول قوله الى متعلق بقوله عدل في قوله وعديل عن عبارة محمد

الكفيل لبراءة الاصيل كالمو كان حرا وذكروه قهيدا التي بعدهما وليان القرق بينهما (فان ادعى رقة العبد على ذى اليد فكفل به رجل  
فان العبد فاقام المدعى البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد الرقة على وجهه يخلفها القيمة) عند العجز عن ردها  
واذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة (٤٤١) بما على الاصيل وقد انتقل

الضمان في حق الاصيل  
الى القيمة فكذا في حق  
الكفيل بخلاف الاول أى  
الضمان الاول لان محل  
ما التزمه وهو العبد قد  
فات وسقط عن العبد  
تسليم نفسه فكذا عن  
كفيله وانما قيده باقامة  
البينة احترازا عما اذا  
ثبت الملك له باقرار رضى  
اليد أو بنكوله عن اليدين  
حيث تقضى بقيمة العبد  
الميت على المدعى عليه  
ولا يلزم الكفيل لان  
الاقرار حجة قاصرة الا اذا  
أقر الكفيل بما أقربه  
الاصيل قال (واذا  
كفل العبد عن مولاه  
بأمره الخ) اذا كفل  
العبد عن مولاه بأمره  
فالحال لا يتخلو اما ان  
يكون عليه دين مستغرق  
أولا فان كان الاول لم تصح  
كفالة له لحق الغرماء وان  
كان باذن المولى وان كان  
الثاني صححت ان كانت بأمره  
لان ماليتها لمولاه فله ان  
يجعلها بالدين بالرهن  
والاقرار بالدين واذا كفل  
المولى عن عبده فهى  
صححة سواء كانت بالنفس  
أو المال مدونا كان العبد

الكفيل) لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول عنه بنفسه حرا قال (فان ادعى رقة العبد فكفل به  
رجل فبات العبد فاقام المدعى البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته) لان على المولى ردها على وجهه يخلفها  
قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف  
الاول قال (واذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأداه أو كان المولى كفل عنه فأداه بعد العتق  
لم يرجع واحد منهم على صاحبه) وقال زفرير جع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى  
تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بأمره أما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له أنه تحقق  
الموجب الرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو الرق قد زال ولنا أنها وقعت غير موجبة للرجوع  
لان المولى لا يستوجب على عبده ديناً وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة أبداً كمن كفل عن غيره  
الكفيل لبراءة الاصيل) وهو ظاهر لا فرق في ذلك بين كون المكفول به حراً أو عبداً وانما فرضناه في العبد  
ليرتب عليه امثلة دعوى الرقة وهى قوله (فلو كان ادعى رقة العبد فكفل به رجل فبات العبد فاقام  
المدعى البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد رقة العبد على وجهه يخلفها قيمتها وقد  
التزم الكفيل ذلك وبعد الموت القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل) فهو كما لو كفل بالمغصوب  
حيث يؤخذ برعيه فان عجز بقيمته فخالصه انه كفل بماله هو رقة العبد والمكفول عنه المولى بخلاف  
ماله كفل بالمال الذى على العبد فبات يجب ضمانه والمكفول عنه فيه هو العبد وكذا عن الطرفات  
الحر فمفسلا لا يبرأ الكفيل في قواهم جميعا بخلاف من كفل عن الفليس بعد موته على ما تقدم من  
الخلاف فيه (قوله واذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأدى أو كان المولى كفل عن عبده وأدى  
بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهم على الآخر) بشئ (ونقل) عن زفر رجه الله (في شرح الجامع  
انه يرجع) قال المصنف (ومعنى الوجه الاول) يعنى ضمان العبد عن سيده (أن لا يكون على  
العبد دين حتى تصح كفالته عن سيده) وهذا لان الاصل ان كفالة العبد لا تصح مطلقا لان الكفالة  
انما تصح من يصح منه التبرع على ما قدمناه اول الباب فلذا لا تصح من الصبي غير المأذون غير أن أمر  
السيد له بما فلك للرجوع عنه فيه فتصح حتى تباع رقبته في دين الكفالة اذا كفل لغير السيد باذن السيد فاذا  
كان على العبد دين لا يأتى السيد ما يمت له لتعلق حق الغرماء به فلا يعمل أمره أياها بالكفالة بخلاف  
ما اذا لم يكن عليه دين فان لمولاه الحق في ماليتها فيعمل اذنه له في أن يكفل عنه وفي بعض نسخ الهداية  
ومعنى المسئلة أن يكون عليه دين وليست صححة لما بينا أما كفالة السيد عن العبد فصحة على كل حال  
سواء كان على العبد دين أو لا فان قيل دين العبد الذى يظهر في حق المولى يقضى من ماليتها وهى ملك  
المولى فأى فائدة في هذه الكفالة أجيب بأن الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين أو لامعة لية قضى  
من جميع أمواله بخلاف ما اذا لم يكفل فانه لا يلزمه عينا الا أن يسلمه ليبيع وقد لا يفي ثمنه بالدين فلا يصل  
الغرماء الى تمام الدين وبالكفالة يصلون (لزفر رجه الله انه تحقق موجب الرجوع وهو الكفالة  
بأمره والمانع وهو كونه بعبده) ولا يستوجب واحد من السيد والعبد ديناً على الآخر (قد زال)  
بالعتق فان الاداء منهم بعده فيجب الرجوع (ولنا أنها وقعت) من كل منهما (غير موجبة للرجوع) بما  
قلنا ان واحداً منهم لا يستوجب ديناً على الآخر (فلا تنقلب موجبة أبداً كمن كفل عن غيره

(٥٦ - فتح القدير خامس) أو غير مدبون فاذا صححت الكفالة وأدى العبد ما كفل به بعد عتقه أو أدى المولى ذلك بعد

عتق عبده لم يرجع واحد منهم على صاحبه وقال زفرير جع لان موجب الرجوع وهو الكفالة بالامر تحقق والمانع وهو الرق قد زال  
وقلنا هذه الكفالة قد انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد لا يستوجب على مولاه ديناً اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى  
لا يستوجب على عبده ديناً بحال وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة أبداً كمن كفل عن غيره

بغير امره فبلغه فأجاز فان الكفيل بعد الاداء لا يرجع على الاصيل بشئ لذلك وقرض بأن الراهن اذا اعتق العبد المرهون وعوم مفسر  
 وسعي العبد في الدين فانه يرجع به على المولى مع أن العبد هناك لا يستوجب ديناً على مولاه وأجيب بأنه مغالطة فان كلامنا في أن العبد  
 لا يستوجب على مولاه ديناً وفيداً كرت الحرج يستوجب ديناً لأن استيجاب الدين عليه انما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق  
 فلا يكون مما نحن فيه ولا يتجاوز الكفالة عن المكاتب بحال الكتابة تكفل به حر أو عبد وانما قال بحال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول  
 المبدل وكل دين يكون للمولى عليه أيضاً غير بدل الكتابة أما في بدل الكتابة فلا نه دين غير مستقر لثبوته مع المنافي وهو الرق فان المكاتب  
 عبد ما بقي عليه درهم فكان القياس أن لا يصح استحباب بدل الكتابة عليه ماد كرهنا أن المولى لا يستوجب على عبده شيئاً من المال لكن  
 ترك القياس بقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقراً أي ثابتاً من وجهه دون وجهه فلا يظهر في حق صحة  
 الكفالة لاقتضاهاً اديناماً مستقر الا انه التوثيق المطالبة واذا كان غير مستقراً جاز أن يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة بل  
 قد تكون ضرراً لولمها (قوله ولانه) دليل آخر على عدم استقراره فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين ما لا يسقط الا بالاداء أو  
 البراءة وقوله (ولا يمكن اثباته) دليل (٤٤٣) آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببطلان الكتابة وتقريره أن الكفالة ان صححت به فلا

يخلو اما أن يكون ثبوته على  
 الكفيل على وجه ثبوته على  
 الاصيل وهو أن يسقط  
 بتجيز الكفيل نفسه كما يسقط  
 بتجيز الاصيل نفسه أو مطلقاً  
 ولا يسيل الى كل واحد منهما  
 أما الاول فظاهر لان الاصيل  
 بتجيز نفسه بر دريقاً لولاه كما  
 كان والكفيل ليس كذلك  
 وأما الثاني فلفظ شرط  
 الضم الذي هو ركن الكفالة  
 لان من شرطه الاتحاد في  
 صفة الواجب بالكفالة  
 تحقيقاً للمعنى الضم ونفياً  
 للزيادة على الملتزم الا ترى ان  
 الدين لو كان على الاصيل  
 مؤجلاً كان على الكفيل  
 كذلك في الكفالة المطلقة  
 ولو كان جيداً أوز يشاء على

بغير امره فأجازه (ولا يتجاوز الكفالة بحال الكتابة حر تكفيل به أو عبد) لانه دين ثبت مع المنافي  
 فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل  
 واثباته مطلقاً ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد

بغير امره) فبلغه (فأجاز فأدى الكفيل لا يرجع) لان معنى الامر وان تحقق في حالة البقاء لم يوجب حكم  
 الابتداء وهو الرجوع لان الاصل ان ما يقع لازماً لا يكون لبقائه حكم الابتداء وهذه الكفالة حين  
 وقعت وقعت غير موجبة للرجوع لما قلنا من أن كل واحد من السيد والعبد لا يستوجب على الآخر  
 ديناً الا أن يكون العبد مدبوناً خفيئاً فثبت له الدين على السيد واذا وقعت غير موجبة فلا انقلب  
 موجبة كان في حال البقاء وليس لبقائها حكم الابتداء لانها تقع لازمة وقد طوب بالفرق بين هذه وبين  
 الراهن اذا اعتق العبد الرهن وهو معسر فان العبد يبي في ذلك الدين ثم يرجع به على سيده فلم لا يرجع  
 هنا أجيب بأن استيجاب الدين على مولاه وقع بعد العتق فلم يكن فيه تناف وقت استيجاب الدين  
 لحريته ما اذ كان فجاز أن يرجع على المولى اما هنا فزمان استيجاب الدين وهو زمان الكفالة كان عبداً  
 فيه (قوله ولا يتجاوز الكفالة ببطلان الكتابة حر تكفيل به أو عبد) وكذا لا يتجاوز بحال آخر السيد على  
 المكاتب (لانه) أي عقد الكتابة (ثبت مع المنافي) وهو عبديته للسيد المكاتب لانه عبد ما بقي عليه  
 درهم وذلك يقتضي ثبوت الدين للسيد على عبده وان ثبت فاعلم ان ثبت على خلاف القياس بالنص  
 لتحقيق العتق لتسوف الشارع اليه فيقتصر عليه (فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولان المكاتب  
 لو عجز نفسه سقط) هذا الدين (ولا يمكن اثباته) أي اثبات هذا الدين (على هذا الوجه على  
 الكفيل) وهو كونه اذا عجز الكفيل نفسه يسقط عنه (واثباته مطلقاً) في ذمة الكفيل عن هذا  
 الوصف (ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد) ولو أثبتناه على الاطلاق على الكفيل وعلى

الاصيل كن على الكفيل كذلك والمطلق غير متقدم مع المقيد فالزام الزام الزيادة على ما التزم وهو غير  
 جائز وأما في غير بدل الكتابة فلا نه اذا عجز نفسه يسقط عنه بفسخ الكتابة سقوط بدلها لا بتسليم اعلم الاذ لولاها لم يستوجب للمولى عليه شيئاً  
 (قوله وانما قال بحال الكتابة الخ) أقول فيه رد لصاحب النهاية حيث قال التخصيص بحال الكتابة غير مفيد فانه كما لا يتجاوز الكفالة بحال  
 الكتابة عن المكاتب للمولى لا يتجاوز دين آخر للمولى سوى بدل الكتابة على المكاتب ذكره في المسوط انتهى الآن في تعليل مال الكتابة  
 لما سوى بدل الكتابة تأملاً (قوله أما في بدل الكتابة الخ) أقول وتقريره الاول عندى ان مال  
 الكتابة دين ثبت مع المنافي في النص وكل ما هو كذلك لا يظهر في غير مورد النص فهذا الدين لا يظهر في حق الكفالة وتقرر بالنافي انه دين  
 لو عجز نفسه سقط وكل ما هو كذلك لا يصح الكفالة به لانه لو كان ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل والكفالة لتوثيق المطالبة  
 ففائدة فيها فليتامل ثم أقول قوله ولانه دليل آخر على عدم استقراره محل بحث اذا لا يخفى نبو كلام المصنف عما ذكره بل الظاهر أن قوله  
 ولانه دليل آخر على المدعى وقوله ولا يمكن اثباته تميم للدليل والله الهادي الى مستقيم السبيل (قوله أما الاول فظاهر) أقول فيه تأمل  
 (قوله وأما في غير بدل الكتابة فلا نه اذا عجز الخ) أقول معطوف على ما تقدم بنصف صحيفه وهو قوله أما في بدل الكتابة فلا نه دين غير مستقر  
 (٢) قوله أن ما يقع في نسخة العلامة البحر اوى أن ما لا يقع وكتب عليه بالهامش أصل النسخ بجذف لالتافية فليتامل مع ما يأتي اه

## ﴿ كتاب الحوالة ﴾

الحوالة تناسب الكفالة من حيث ان فيها التزاما بما على الاصيل كافي الكفالة ولهذا جاز استعارة كل منهما الا ان شرط موجب احدهما للآخرى عند ذكر الاخرى لكما أخر الحوالة لانها تتضمن برائة (٤٤٣) الاصيل والبرائة تنفق والكفالة

فكذا ما يتفهمها والحوالة في اللغة هي النقل وحروفها كيف ما تركبت دارت على معنى النقل والزوال وفي اصطلاح الفقهاء تحوييل الدين من ذمة الاصيل الى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثيق به وأما شرطها فسنذكره في أثناء الكلام وكذا حكمها وأنواعها

وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة لانه كالمكاتب عنده

## ﴿ كتاب الحوالة ﴾

تمكينه من اسقاطه على الاصيل لم يتعهد الدين عليه ما (وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة رحمه الله لانه كالمكاتب عنده) العلة الاولى لان له أحكام العبد عنده حتى لا تقبل شهادته ولا يتزوج أكثر من اثنين وينصف حده وقسمه بدون العلة الثانية اذ لا يقدر على أن يقطع عنه دين السعاية بتجيز نفسه وعندهما تصح الكفالة به لانه حرم ديون عندهما وأما الكفالة للمكاتب بدين له على السيد ليس من جنس بدل الكتابة بقرينة وأما العبد التاجر اذا كان مولاه ديناً فان لم يكن على العبد دين وأخذ منه كفيلة فالكفالة باطلة لان العبد لا يستوجب على مولاه ديناً وان كان عليه دين صححت الكفالة لان كسبه حتى الغرماء لا السيد فكان الدين واجبا في ذمته كافي ذمة غيره فصحت الكفالة والحوالة بالنفس مثل ذلك ان لم يكن على العبد دين لا تصح وان كان صححت

## ﴿ كتاب الحوالة ﴾

قال في البدائع الاصل أن كل ما لا تصح الكفالة به لا تصح الحبس والتهمة انتهى وفي التتارخانية انه يجوز إحالة المكاتب سميده على رجل مقيد بدين أو غصب أو دية عتق وإذا صححت الحوالة برئ المكاتب وعتق وقال فيه وان أحال سيده غريمه على مكاتبه ولم يقيده ببذل الكتابة لا تصح وان قيد ببذل الكتابة صححت وصار

## ﴿ كتاب الحوالة ﴾

الحوالة تناسب الكفالة لان كلا منهما عقد التزام ما على الاصيل للتوثيق الآن الحوالة تتضمن برائة الاصيل برائة مقيدة على ما سئل بخلاف الكفالة لا تتضمنه فكانت كالتركيب مع المفرد والمفرد مقدم فأخر الحوالة عنها وأيضاً أثر الكفالة أقرب الى الاصل وهو عدم السقوط بعد الثبوت وأثر الحوالة أبعد منه والحوالة اسم من الاحالة ومنه يقال أحلت زيداً بحاله على عمرو فاحتمل أي قبل فأنما يحيل وزيد محال ويقال محتمل والمحال محتمل به والرجل محال عليه ويقال محتمل عليه فتقدير الاصل في محتمل الواقع فأنما محتمل بكسر الواو وفي الواقع مفعول لا محتمل بالفتح كما يقدر في مختار الفاعل مخير بكسر الياء ويفتحها في مختار المفعول وأما محتمل مع المحتمل الفاعل فلا حاجة اليها بل الصلة مع المحتمل عليه لفظة عليه فوفا محتمل ومحتمل عليه فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه وفي المغرب تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل وعون نقل الشيء من محل الى محل ويقال للمحتمل حويل أيضاً فالحيل هو المديون والمحال والمحتمل رب الدين والمحتمل عليه والمحتمل عليه هو الذي التزم ذلك الدين للمحتمل والمحتمل به نفس الدين وهي في الشرع نقل المطالبة من ذمة المديون الى ذمة المترمم بخلاف الكفالة فانها ضم في المطالبة لا نقل فلا يطالب المديون بالاتفاق وإنما اختلف المشايخ ان الدين أيضاً ينتقل أو لا وسنذكره من قريب فلو أريد التعريف على

المكاتب وكذا عن السيد باداء بدل الكتابة الى غريمه ولا يعتق مالم يؤد فان مات سيده قبل الاداء الى آخر ما ذكر في التتارخانية قال الاتقاني يحتاج ههنا الى معرفة أربعة أشياء المحيل وهو الذي عليه الدين والمحتمل له وهو الدائن والمحتمل عليه وهو الذي قبل الحوالة والمحتمل به وهو المال انتهى وفي معراج الدراية يقال أحلت زيداً بحاله على رجل فاحتمل أي قبل فأنما يحيل وزيد محال ومحتمل والمحال محتمل به والرجل محتمل عليه ومحتمل عليه وتقدير المحتمل في الفاعل على محتمل بكسر الواو وفي المفعول بالفتح وقولهم للمحتمل المحتمل له لغو لانه لا حاجة الى هذه الصلة ويقال للمحتمل حويل (قوله والبرائة تنفق والكفالة) أقول اذ لم يكن بأمر (قوله وفي اصطلاح الفقهاء تحوييل الدين إلخ) أقول بهذا التعريف بناء على الصحيح مما اختلف فيه المشايخ على ما سيجي

قال (وهي جائزة بالدينون) الحوالة جائزة بالدينون دون الاغيان أما الجواز فيدل عليه النقل والعقل أما الاول فباري أبو داود وفي السنن وقال خدتنا القنعي عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطلق الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبّع وقال الترمذي في جامعه بعد ما روى الحديث بإسناده إلى أبي هريرة حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه إذا أحيل أحدكم على ملي فليحتل أمره بالاتباع والاتباع بسبب ليس بمشروع ولا يكون مأمورا به من الشارع فدل على جوازها وأما الثاني فدل لأنه قادر على إيفاء ما التزمه وهو ظاهر وذلك يوجب الجواز كالكفالة وأما اختصاصها بالدينون فلا يمتنع عن التحويل لما ذكرنا والتحويل في الدين لافي (٤٤٤) العين ونقرر به الحوالة تحوّل شرعي والتحويل الشرعي انما يتصور في محمول شرعي

قال (وهي جائزة بالدينون) قال عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملي فليتبّع ولأنه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختلفت بالدينون لأنها تنفي عن النقل والتحويل في الدين لافي العين قال (وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتمل والمحتال عليه) أما المحتال فلا أن الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذم متفاوتة فلا بد من رضاه وأما المحتال عليه فلا يلهي بغيره الدين ولا لزوم بدون التزامه وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه

قول الناقلين بمحصرهم قيل نقل الدين أو قول الناقلين قيل نقل المطالبة فقط (قوله وهي جائزة بالدينون) قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه مطلق الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبّع متفق عليه وأما باقظ أحيل مع لفظ يتبّع كما ذكره المصنف فرواه الطبراني عن أبي هريرة في الوسط قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطلق الغني ظلم ومن أحيل على ملي فليتبّع ورواه أحمد وابن أبي شيبة ومن أحيل على ملي فليحتل قيل وقديروى فإذا أحيل بالقضاء فيفيد أن الأمر بالاتباع للملاءة على معنى أنه إذا كان مطلق الغني ظلمًا فإذا أحيل على ملي فليتبّع لأنه لا يقع في الظلم والله أعلم ثم أكثر أهل العلم على أن الأمر المذكور أمر استحباب وعن أحمد لا وجوب والحق الظاهر أنه أمر بأباحة هودايل جواز نقل الدين شرعا أو المطالبة فإن بعض الأملاء عنده من اللد في الخصومة والتعسير ما تكثر به الخصومة والمضاررة فحق علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه بل عذمه لما فيه من تكثر الخصومات والظلم وأما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلا شك في أن اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المدينين والتيسير عليه ومن لا يعلم حاله فباح لكن لا يمكن إضافة هذا التفصيل إلى النص لأنه جمع بين معينين مجازين للفظ الأمر في إطلاق واحد فإن جعل للأقرب أضمر معه القيد والافهودايل الجواز لا لاجتماع على جوازها دفعا للمعاجة وانما اختلفت بالدين لأن النقل الذي تضمنه نقل شرعي وهو لا يتصور في الاغيان بل الممتصو فيها النقل الحسى فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين (قوله وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه) أما المحتال فلا أن الدين حقه وهو (أى الدين) (الذى ينتقل بها) أى بالحوالة (والذم متفاوتة) في حسن القضاء والمطل (فلا بد من رضاه) والالزم الضرر بالزامه اتباع من لا يوفيه (وأما المحتال عليه فلا أنه) (يلزمه الدين) ولا لزوم الا بالزامه (ولو كان مدينونًا للمحيل لأن الناس يتفاوتون في الاقتضاء من بين سهل ويسر وصعب معسر) (وأما المحيل) فالحوالة تصح بلا رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو (أى المحيل) لا يتضرر به بل فيه نفعه

وهو الدين لأنه وصف شرعي في الذمة يظهر أثره عند المطالبة فعبارة أن يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه وأما العين إذا كان في محل محسوس فلا يمكن أن يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لأن الحس يكذبه فلا يتحقق فيه الانتقال الحسى وليس ذلك مما نحن فيه قال (وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه الخ) شرط صحة الحوالة رضا المحتال لأن الدين حقه وهو أى الدين ينتقل بالحوالة والذم متفاوتة فلا بد من رضاه ولا خلاف في ذلك لأحد من أهل العلم وأما رضا المحتال عليه فهو شرط عندنا وقال الشافعي إن كان للمحيل دين عليه فلا يشترط وبه قال مالك وأحمد لأنه محمل التصرف فلا يشترط رضاه كإلزام عبدا فإنه لا يشترط رضاه لأن الحق للمحيل عليه فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره كإلزامه في الاستيفاء وأما إذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالاجتماع وقلنا إنه الزام الدين ولا لزوم بدون الالتزام لا يقال الزام الحاكم بالمينة على المنكر الزام بدون الالتزام لأن الحاكم اظهر الالتزام لا الزام وأما رضا المحيل فقد شرطه القنوي وعسى يعمل بأن ذوى المر وآت قديما يتفون بحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر في الزيادات أن الحوالة تصح بدون رضاه لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه

عاجلا  
يستوفيه بنفسه وبغيره كإلزامه في الاستيفاء وأما إذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالاجتماع وقلنا إنه الزام الدين ولا لزوم بدون الالتزام لا يقال الزام الحاكم بالمينة على المنكر الزام بدون الالتزام لأن الحاكم اظهر الالتزام لا الزام وأما رضا المحيل فقد شرطه القنوي وعسى يعمل بأن ذوى المر وآت قديما يتفون بحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر في الزيادات أن الحوالة تصح بدون رضاه لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه  
(قوله وقلنا إنه الزام الدين الخ) أقول فيه بحث فإن الدين كان ثابتًا في ذمته فليست أم قال صاحب البدائع ولنا أن الحوالة تصرف على المحال عليه بنقل الحق إلى ذمته فلا يتم إلا بقوله ورضاه بخلاف التوكيل بقبض الدين لأنه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب إليه ابتداء بل هو تصرف باداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه انتهى فيه تأمل



لان الحال عليه لا يرجع عليه اذ لم يكن بأمره قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الرجوع عليه اذا كانت بأمره وقيل لعل موضوع ما ذكر في التدويري أن يكون للصبر على الاحتمال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فانهم حينئذ تكون اسقاطا لمطالبة الخيل عن الحال عليه فلا تصح الا برضا والظاهر أن الحوالة قد يكون ابتداء أو هاهنا من الخيل وقد يكون من الاحتمال عليه والاول احالة وهو فعل اختياري لا يتصور بدون الارادة والرضا وهو رواية التدويري والثاني احتمال يتم بدون ارادة الخيل بارادة الاحتمال عليه ورضاه وهو رواية الزياتيات وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه الاثمة الثلاثة بناء على أن ابقاء الحق حقه فلا يفاؤه من حيث شاء من غير قسم عليه بتعيين بعض الجهات أو عدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين بناء على رواية الزياتيات ليس على ما ينبغي قال (واذا تمت الحوالة برئ الخيل من الدين بالقبول الخ) اذا تمت الحوالة برئ الخيل او شرطها كان حكمها براءة الخيل من الدين وقوله بالقبول متعلق بقوله اذا تمت الحوالة والمراد به رضا من رضاه شرط فيها على ما تقدم وقوله من الدين اختيار منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه مشايخنا فان منهم من ذهب الى أنهم التوجب براءة ذممة الخيل عن المطالبة والدين جميعا ومنهم من ذهب الى أنهم التوجب براءة عن المطالبة ومنه ذلك ذكر محمد رحمه الله أحكاما تدل على القولين فما يدل على الاول ما قال ان الاحتمال اذا ذهب الدين من الخيل أو أبرأه من الدين بعد الحوالة لا تصح هيبته ولا ابرأه ولو بقي الدين في ذمته وجب أن تصح ولو أبرأ الحال عليه أو ذهب الدين منه صح وهذا يقتضي تحول الدين الى ذمة الحال عليه وبرائة الخيل عنه وما يدل على الثاني أن الاحتمال اذا أبرأ الحال عليه صح ولا يرتد بالرد كبراء الكفيل (٥٤٤) ولو انتقل أصل الدين الى الحال عليه وجب أن يرتد رده كالأبرأ الخيل

لانه لا يرجع عليه اذ لم يكن بأمره قال (واذا تمت الحوالة برئ الخيل من الدين بالقبول) وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما

عاجلا باندفاع المطالبة عنه في الحال وأجلا بعدم الرجوع عليه (لانه لا يرجع الا بأمره) وحيث تثبت الحوالة بغير رضاه كان بغير أمره وأول في الاوضح المذكور في القدوري عما اذا كان للمدين على الاحتمال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فان قبول الحوالة حينئذ من الاحتمال عليه يكون اسقاطا لمطالبة الخيل عن نفسه أعني نفس الاحتمال عليه فلا تصح الا برضا كذا في الخبازية واشترط رضا الخيل قول الاثمة الثلاثة قالوا لان الخيل ابقاء ما عليه من أي جهة شاء فلا يتعين عليه بعض الجهات قهرا ونقل ابن قدامة ان رضا الخيل لا خلاف فيه ليس يصح وصورته أن يقول رجل لصاحب الدين لك على فلان بن فلان ألف فاحمل بها على فرضي الطالب وأجازت الحوالة حتى لا يكون له أن يرجع بعد ذلك وسنين الحق فيه عندنا هذا ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول أبي حنيفة ومحمد كما قلنا في الكفالة الا أن يقبل رجل الحوالة للغائب فتتوقف على اجازته اذا بلغه وكذا لا يشترط حضرة المحتال عليه حتى لو حال على غائب فدفعه فأجازت (قوله) واذا تمت الحوالة بالقبول برئ الخيل من الدين) هذا قول طائفة من المشايخ وهو المصحح من المذهب وقول طائفة أخرى لا يبرأ الا من المطالبة فقط (وقال زفر لا يبرأ) من المطالبة أيضا

أن يرتد رده كالأبرأ الخيل قبل الحوالة والأصل في الكفالة فان الابراء حينئذ يكون غلظت الدين عن عليه الدين والتمسك يرتد بالرد ومنها ان الخيل اذا تقدمت بالاحتمال يحسب برئ المحتال على القول ولو انتقل الدين بالحوالة يكون الخيل متبرعا في نقد المال كالاجنبي والاجنبي اذا تبرع بقضاء الدين لا يجبر رب المال لا تصح ابراءه بالحوالة وعند محمد على قوله قالوا والاول هو الصحيح لانه تصرف في تحول الدين فيجب

تحويله وقيل الاول قول أبي يوسف والثاني قول محمد والفائدة تظهر فالراهن اذا أحال المرتين بالدين هل يسترد الرهن فعند أبي يوسف يسترد كالأبرأ عن الدين وعند محمد لا يسترد كالأجل الدين بعد الرهن وفيما اذا أبرأ الطالب الخيل بعد الحوالة عند أبي يوسف تصح لبقاء الدين في ذمته اذا تحول بها هو المطالبة لا غير لا يقال ما ذكره المصنف يدل على وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم تعترض لذلك وهالان انتقال الدين بلا مطالبة يستلزم وجود الملتزم وبلا لازم وهو ممتنع فاكفي بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها الياء وقال زفر رحمه الله لا يبرأ لان الحوالة كالكفالة لان كل واحد منهما عقد توثيق وفي الكفالة لا يبرأ فكذا في الحوالة وقال ابن أبي ليلى ونقل ذلك عن مالك رحمه الله الكفالة كالحوالة لما ذكرناه وفي الحوالة يبرأ فكذا في الكفالة وجوابهما واحد وهو أن الحكم غير مضاف الى ما ذكرتم من المشترك بل الى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بمقتضى مفهومه لا خلو

(قوله قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الخ) أقول ضمير اشتراطه راجع الى الرضا ثم ان القائل هو الكافي (قوله وقيل لعل الخ) أقول القائل هو الخبازي نقلنا من الاوضح (قوله وعلى هذا اشتراطه الخ) أقول قوله اشتراطه مبتدأ وقوله ليس على ما ينبغي خبره (قوله لان انتقال الدين بلا مطالبة اين) أقول لا يقال لو كانت المطالبة لازمة للدين لم يكن للقول بانتفاء المطالبة دون الدين مجال لاستلزامه ما ذكرتم لان المطالبة ليست بلازمة للدين نفسه بل لان انتقاله اذ لا فائدة في انتقاله بدونها بخلاف وجود أصل الدين بدونها فان فائدتها الرجوع على تقدير التوى فلم تأمل فان للكلام محلا بعد قال المصنف (اذ كل واحد منهما عقد توثيق) أقول وليس من الوثيقة براءة الاول بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الاول من غير تعيين كافي الكفالة فيها كما تقدم

وهو يقتضي بناء ما يضم اليه  
والاصل مراعاة الاحكام  
الشرعية للمعاني الغريبة  
واعترض بالحوالة تغير امر  
الحمل فانهم احوالة فتعجز  
كأمر ولا تنقل فيه ولا تحوّل  
وهو تنص اجمالاً والجواب  
أنا لا نسلم أن لا تنقل فيها فاتها  
بعد أداء الدين ظاهر التحقيق  
ولهذا لا يبقى على الحمل شيء  
(قوله والتوثيق باختيار  
الاملا) جواب لفرقة مقرر  
سلما أن كل واحد منهما  
عقد توثيق لكن رافة الحمل  
لا تنافيه لان التوثيق يتحقق  
مهما باختيار الاملا أى  
الا قدر على الابقاء لبسوطه  
سعة ذات اليد والاحسن  
قضاء بان يوفيه بالاجود  
بلا محاطة وهو في الحقيقة  
تسزل في الجواب بالقول  
بالموجب وقوله (وانما  
يجبر على القبول) جواب  
نقض يرد على قوله والاحكام  
الشرعية على وفاق المعاني  
اللغوية وتفسيره لوضح  
ذلك لا تنقل الدين من الحمل  
وصار اجنبيا منه فاذا انقده  
كان الواجب أن لا يجبر  
الحمل على القبول أى لا ينزل  
منزلة القاضى اذا ارتفعت  
الموانع بين الحمل والمنقود  
لكون الحمل اذ ذلك متبرعا  
كالاجنبي وبإداء الاجنبى  
المتبرع لا يجبر الطالب على  
القبول وتفسير الجواب  
لا نسلم أن الحمل متبرع في  
النقد وانما يكون متبرعا كالاجنبي ان لم يجز

عقد توثيق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة  
فلتضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني الغريبة والتوثيق باختيار الاملا والاحسن في الغرض  
وانما يجبر على القبول اذا انقذ الحمل لانه يحمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا  
فالنظر في خلاف المشايخ أولا حتى يثبت المذهب ثم ينظر في خلاف زفر فالتاثلون ان المذهب لا يبرأ عن  
الدين استدلو بمسائل ذكرها محمد فتتضح ذلك ومنها ان الحمل اذا برأ الحمل عليه بصدح ولا يبرأ بصدح  
كأمر الكفيل ولما انتقل أصل الدين الى ذمة الحمل عليه وجب أن يترد بصدح كالأمر بالحمل قبل  
الحوالة لمناقبه من معنى التملك ومنها ان الحمل اذا انقذ الحمل ماله بعد الحوالة يجبر على القبول فلم  
انتقل أصل الدين بالحوالة كان متبرعا بحمل الحمل فلا يجبر على قبوله لغيره ومنها ان الحمل اذا وكل الحمل  
بقبض مال الحوالة من الحمل عليه لا يصح ولا تنقل الدين صار الحمل اجنبيا عنه وتوكيل الاجنبى  
بقبض الدين صحيح ومنها ان الحمل اذا برأ الحمل عليه لا يرجع المحال عليه بذلك على الحمل  
ولو كانت الحوالة بأمر الحمل ولو وحب من الحمل عليه يرجع به على الحمل كافي التكفيل الا ان لم يكن  
للحمل عليه دين والا لتيقنا قصاصا ولو كان الدين يتحول الى ذمته كان البراء والهبة في حقه سواء فلا  
يرجع والقائلون ان المذهب ينتقل الدين استدلو بان الحمل اذا وحب الدين من الحمل أو برأه من الدين  
بعد الحوالة لا يصح ابرأه وحبته ولو بقي الدين في ذمته صح وجعل شيخ الاسلام هذا الخلاف بين  
أبي يوسف ومحمد فعند أبي يوسف ينتقل الدين والمطالبة وعند محمد تنقل المطالبة لا الدين قال وفائدة  
هذا الخلاف تظهر في مسئلتين احدهما ان الراهن اذا أحال المرتهن بالدين فله ان يسترد الرهن عند  
أبي يوسف كالأمر برأه عنه وعند محمد لا يسترد كالأمر بحمل الدين بعد الرهن والثانية اذا برأ الطالب  
الحمل بعد الحوالة لا يصح عند أبي يوسف لانه برئ بالحوالة وعند محمد يصح وبرئ الحمل لان أصل الدين  
باق في ذمته وانما تحولت المطالبة ليس غير وقد أنكر هذا الخلاف بينهم بعض المحققين وقال لم ينقل  
عن محمد نص بنقل المطالبة دون الدين بل ذكر أحكاما متشابهة واعتبر الحوالة في بعضها تأجيلا وجعل  
الحول بها المطالبة لا الدين واعتبرها في بعض الاحكام ابراء وجعل الحول بها المطالبة والدين وانما يعمل  
هكذا لان اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين اذا الحوالة منبثقة عن النقل وقد أضيف الى  
الدين واعتبار المعنى يوجب تحويل المطالبة لان الحوالة تأجيل معنى ألا ترى انه اذا مات الحمل عليه  
مفلا يعود الدين الى ذمة الحمل وهذا هو معنى التأجيل فاعتبر المعنى في بعض الاحكام واعتبر الحقيقة  
في بعضها نعم يحتاج الى بيان كمية خصوص الاعتبار في كل مكان وسيجيب المصنف عن بعضها في  
خلافية زفر هذه اذا عرف المذهب حينئذ بحثا الى خلاف زفر له الاعتبار بالكفالة بجامع ان كلا منهما  
عقد توثيق ولم ينتقل فيها دين ولا مطالبة بل تحقق فيها اشتراك في المطالبة ولان عدم الانتقال أدخل في  
معنى التوثيق اذ يصير له مكنة ان يطالب كلا منهما فكذا هذا (ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة  
الغراس) فوجب نقل الدين (والدين اذا انتقل عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة فلتضم) لغة لان من  
الكفيل وهو الضم فوجب فيه اعتبار ضم الذمة الى الذمة (لان الاحكام) يعنى العقود (الشرعية)  
المسمية بأسماء تعتبر فيها معاني تلك الاسماء وهو فائدة اختصاصها بأسمائها (قوله عقد توثيق) والتوثيق  
أن يطالب كلا منهما فلتسايل التوثيق لم ينحصر في ذلك بل يصدق باختيار الاملا واليسر في القضاء  
فيكتفى به في تحقيق معنى التوثيق في معنى لفظ الحوالة غير متوقف على خصوص ما ذكر من التوثيق  
وهذا الدليل ينتهض على زفر فانه قال ببقاء الدين والمطالبة على الاصيل أما الطائفة من المشايخ القائلون  
بنقل المطالبة دون الدين فلا فانه اذا قال الحوالة تنبى عن النقل فيعتبر فيها ذلك قالوا سلما واعتبار نقل  
المطالبة كاف في تحقيق معنى النقل غير متوقف على نقل الدين كما قال زفر ان تحقيق التوثيق يحصل

قال (ولم يرجع المحتال على الخيل الآن بتوى حقه الخ) عطف على قوله برئ الخيل أى اذا تمت الحوالة بالقبول برئ الخيل فلم يرجع المحتال على الخيل بشئ الآن بتوى حقه على ما يأتي من معنى التوى وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى لان براءة الخيل حصلت مطلقة أى عن شرط الرجوع على الخيل عند التوى وهو ظاهر حيث لم يكن ثمة ما يدل على التقييد وكل ما كان كذلك لا يعود الاسباب حديث كافي الا براهنا ونايد عاروى عن ابن المسيب أنه كان له على علي رضي الله عنه دين فأحاله به على آخر فقاتل المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال أبعده الله فأبعده بمجر داحيائه ولم يجزله الرجوع قلنا البراءة حصلت مطلقة لانظرا (٤٧ ع) أو مطلقا والثاني ممنوع والاول

مسلم لكن لا يفيد كم لحواز أن تكون مقيدة بدلالة الجمل أو العرف أو العادة فتقول انها حصلت مقيدة بسلامة حقه له وان كانت مطلقة لفظا بدلالة الحال لان المقصود من شرع الحوالة التوصل الى استيفاء الحق من المحلل الثاني لانفس الوجوب لان الذم لا يختلف في الوجوب وانما يختلف بالنسبة الى الايقاف فصارت سلامة الحق من المحلل الثاني كالمشروط في العقد الاول لكونه هو المطلوب فاذا فات الشرط عاد الحق الى المحلل الاول فصار وصف السلامة في حق المحلل به كوصف السلامة في المبيع بان اشترى شيئا فهلاك قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للشئ وهو ما يشير الى أن الحوالة تنفسخ ويعود الدين وهو عبارة بعض المشايخ وقوله أو تنفسخ الحوالة لفواته

قال (ولا يرجع المحتال على الخيل الآن بتوى حقه) وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى لان البراءة حصلت مطلقة فلا يعود الاسباب جديد وانما هي مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود أو تنفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للنفسخ

باختيار الامسلاخ غير متوقف على كل كما يحصل به التوثيق وقوله وانما يجبر الخ جواب نقض من قبل زفر وهو ما سبق من أدلة القائلين من المشايخ بعدم نقل الدين وهو أن الخيل اذا انتقد المحتال الدين المحتال به قبل فقد المحال عليه أجبر المحتال على القبول فلو لم يكن الدين باقيا على الخيل لم يجبر لانه حينئذ متبرع بشئ من ماله فلا يجبر على قبوله أجاب بأنه لا يلزم على تقدير النقل أن يكون متبرعا محضا وانما يكون ذلك لو لم يكن عود الدين المنتقل اليه بعينه فمكتنحوا فاقدي توقع فاما ان كان فلا لانه على ذلك التقدير دفع عن نفسه المطالبة على تقدير تحقق سببها فهذا الجواب يدفع هذا الوارد من حيث هو نقض لزفر ودائس لثلاث الطائفة وقد نقض من قبل زفر بوجود الحوالة ولا تنقل في أصلا عما اذا وقعت بغير اذن الخيل وأجيب بأن معنى النقل يتحقق فيه بعد أداء المحتال عليه حتى لا يبقى اذ ذلك على الخيل شئ الا انه قد يقال لوضح هذا الصرح أن يقال الكفالة بغير أمر المكفول عنه فيها نقل الدين أيضا بهذا الوجه لانه اذا أدى الكفيل لا يبقى على المكفول عنه شئ والحق ان أصل الجواب ساقط فان انتفاء الدين عن الخيل بأداء المحال عليه ليس هو نقل الدين بل انتفاءه من الوجود بالكلية وليس هذا نقله بل نقله تحوله من محل الى محل هو ذمة المحال عليه وعذري ان الجواب هو ان الحوالة بغير اذن الخيل ليست حوالة من كل وجه لان حقيقة الحوالة ان كان ففعل الخيل الاحالة أو الحاصل من فعله فهو منتف لا انتفاء الفعل منه والنقل انما هو في حقيقة ما وله هذا أجاز المالكية هذا المعنى وأخرجوه من الحوالة وهو جملة وحكمها شطر حكم الحوالة وهو اللزوم على المتحمل دون الشطر الآخر وهو انتقال الدين عن المدينون فلم تكن حوالة والاستعقبت تمام حكمها وهذا ما وعدناه (قوله ولم يرجع المحتال على الخيل الآن بتوى حقه وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى) بموت أو افلاس أو غيره وهو قول أحمد والليث وأبي عبيد وعن أحمد اذا كان المحال عليه مغفلا ولم يعلم الطالب بذلك فله الرجوع الآن رضى بعد العلم وهو قول مالك لان الافلاس عيب في المحال عليه فله أن يرجع بسببه كالمبيع ولان الخيل غرة فهو كالمودس المبيع يرجع به (لان البراءة) الحاصلة بالانتقال (حصلت مطلقة فلا تعود الاسباب جديد) ولا سبب فلا يعود يؤيده ما روى عن ابن المسيب أنه كان له على علي رضي الله تعالى عنه دين فأحاله به على آخر فقاتل المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال له أبعده الله ففنع رجوعه ونحن نمنع كون البراءة مطلقة بل هي مقيدة بمعنى بشرط السلامة وان كانت مطلقة وهذا القديمة بدلالة الحال وهو ان المقصود من شرع الحوالة ليس مجرد الوجوب على الثاني لان الذم باعتبار هذا القدر متساوية وانما تتفاوت في احسان القضاء وعدمه فالمقصود التوصل الى الاستيفاء من المحلل

أي لفوات المقصود وهو السلامة لانه قابل للنفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت وكل ما هو قابل لادافات المقصود منه ينفسخ كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا واختار رده فانه ينفسخ المبيع ويعاد الثمن وان لم يشترط ذلك في العقد لما مر اشارة الى عبارة آخر من منهم وهو يشير الى أن الحوالة تنفسخ ويعاد الدين على الخيل فالمصنف رحمه الله يجمع بين طريق المشايخ رحمه الله

(قوله كان له على علي رضي الله تعالى عنه الخ) أقول ليس في حديث علي كرم الله وجهه ما ينافي ما قلنا لعدم دلالة على موت المحال عليه مفلسا كما لا يخفى

واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيهما عنيين مختلفين ويؤيد ما ذهبنا اليه ما روى عن عثمان رضي الله عنه أنه قال اذا توى المال على الخصال عليه عاد الدين على الخجل كما كان ولا توى على مال مسلم ولم يعرف في ذلك مخالف فخل محل الاجماع وعورض بأن الخجل وقت الحوالة مخير بين أن يقبل الحوالة فينتقل حقه الى ذمة الخجل عليه وبين أن يأبأها بقاء لحقه في ذمة الخجل وكل مخير بين شيئين اذا اختار أحدهما (٤٤٨) تعين عليه ولا يعود الى الآخر كالمقصوب منه اذا اختار تضمين

فصار كوصف السلامة في المبيع قال ( والتوى عند أبي حنيفة رجه الله أحد الأمرين اما ان يجهد الحوالة ويخلف ولا ينسب له عليه أو يموت مقلداً )

الثاني على الوجه الاحسن واللام ينتقل عن الاول فصارت السلامة من المحل الثاني كالشروط في العقد الاول فاذا لم يحصل المشروط عاد حقه على الاصيل فصار كالمو صلح على عين فهلك قبل التسليم يعود الدين لان البراءة ما ثبتت مطلقة بل بعوض فاذا لم يسلم يعود يؤيده ما روى عن عثمان رضي الله عنه مرفوعا وموقوفا في الخجل عليه اذا مات مقلدا قال يعود الدين الى ذمة الخجل وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولفظ الاسرار قال اذا توى المال على الخجل عاد الدين على الخجل كما كان ولا توى على مال مسلم وذكر محمد في الاصل عن شريح بمثل ذلك وهذا الحديثان متعارضان فان كانا صحيحين أو لم يثبتا فقد تكافأ هذا واختلقت عباراتهما في كيفية العود فقبل بفسخ الحوالة أي بفسخها الخجل ويعاد الدين كالشترى اذا وجد بالمبيع عيبا وقبل تنفسخ ويعود الدين كالمبيع اذا هلك قبل القبض وقيل في الموت عن اقباس تنفسخ ويعود في الجود بفسخ ويعاد وفي طريقة الخلاف قالوا لو مات الخجل والمحال عليه مقلدا لا يرجع فكذا ما نحن فيه قلنا لا نسلم بل له الرجوع الا أنه سقطت المطالبة بالاعسار وله هذا كظاهر لاحد ههما مال أخذه كافي الكفيل والمكفول عنه اذا ماتا مقلدين تبطل الكفالة ثم لا يدل على ان المطالبة لا تثبت حاله حياة المكفول عنه قالوا مال الحوالة جعل كالمقبوض لانه لو لم يكن كالمقبوض لأدى الى الافتراق عن دين بدين ولانه تجوز الحوالة برأس مال السلم والصرف ولولا انه كالمقبوض لم تجز الحوالة واذا مات الخجل مقلدا لا يكون الخجل اسوة بالغرماء واذا كان كالمقبوض لا يرجع قلنا ليس كالمقبوض والالجاز لا يعتد ان يشتري شيئا من غير الخجل عليه كما يجوز ان يشتري به من الخجل عليه وقواهم لو لم يكن كالمقبوض صار دين بدين انما يلزم لو كان المقصد منه المعاوضة وليس كذلك كالقرض وأما الصرف والسلم فحجة لنا لانه لو كان كالمقبوض لجاز ان يتفرقا عن المجلس من غير قبض وليس كذلك فانه اذا أحال به ما فاقترقا من غير قبض يفسد العقد ولو كانت الحوالة قبضا لكان هذا افترا فابعد القبض فلا يفسد العقد وأما كون الخجل لا يصير اسوة بالغرماء اذا مات الخجل ولا مال له سوى ما على الخجل عليه فممنوع قال في الجامع الكبير ولو أن الخجل آخر الحوالة سببه ثم مات الخجل وعليه دين آخر سوى دين الخجل يقسم دينه على الحوالة بين الخجل وبين الغرماء بالحصص لان هذا مال الخجل ولم يصير بالحوالة ملكا للخجل لان تسليم الدين من غير من عليه الدين لا يتصور لكن يتعلق به حق الخجل وهذا لا يصير الخجل أخص به ما لم تثبت اليد بدليل ان العبد المأذون اذا كان عليه دين يتعلق حق صاحب الدين برفقته وكسبه ثم لو وجب بعد ذلك دين آخر كان رقبته وكسبه بين البطل بالحصص انتهى واذا عرف أنه يرجع بالتوى بين التوى بقوله ( والتوى عند أبي حنيفة رجه الله بكل من أمرين اما أن يجهد الحوالة ويخلف ولا ينسب له عليه ) للمعتال ولا للخجل فقوله ( له ) يعني كلا من الخجل والمحال ( أو يموت مقلدا ) لا مال له معينا ولا دين ولا كفيل عنه بدين

أحد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الآخر بشئ وكالمو لو اذا اعتق عبده المدينون فاختر الغرماء استعفاء العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشئ والجواب أن قوله اذا اختار أحدهما تعين عليه اما أن يريد به شيئين أحدهما أصل والاخر خلف عنه أو كل واحد منهما أصل فان كان الثاني فليس مما نحن فيه فقياسه عليه فاسد وان كان الاول فلا نسلم أنه اذا اختار أحدهما تعين بل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع الى الاصل لان اختيار الخلف وترك الاصل لم يكن لانه وثق فاضافة انواء الحق الى وصف يقتضى ثبوته فاسدة في الوضع قال ( والتوى عند أبي حنيفة رجه الله أحد الأمرين الخ ) توى المال اذا تلف وهو عند أبي حنيفة يتحقق بأحد الأمرين اما أن يجهد الحوالة عليه الحوالة فيخلف ولا ينسب له العالي ولا الاصيل على الخجل عليه لانه حينئذ

لا يقدر على مطالبته واما أن يموت مقلدا

المحال

ول المصنف (فصار كوصف السلامة في المبيع) أقول بأن اشتري شيئا فهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق لا شترى وهذا التقرير ناظر الى الكلام الاول فالمصنف جمع بين طريقين المشايخ واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيهما عنيين مختلفين

لان العجز عن الوصول الى الحق وهو التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما أما في الاول فلما ذكرنا وأما في الثاني فلانه لم يبق دعة  
 بتعلق الحق فستشغل عن المحال عليه وثبت للتحال الرجوع على المحيل لان رابعة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لبراءة اسقاط فلما  
 فعدر الاستيفاء بسبب الرجوع وقال هذان وجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه بالشهود حال حياته وهذا الاختلاف يشبه على أن  
 الافلاس بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافا لهما قال التوى هو العجز عن الوصول الى الحق وقد حصل ههنا لانه عجز عن استيفاء حقه  
 فصار كوت المحال عليه وقال عجز عن ذلك عجزا يتوهم ارتفاعه بحديث المال لان مال الله غادر رايح وقد تقدم معناه في الكفاة فلم يكن  
 كالموت ولزمات المحال عليه فقال المحتال مات مقلسا وقال المحيل بخلافه ذكر في المبسوط وعن الشافعي أن القول قول الطالب مع عيئه على  
 علم لانه متمسك بالاصل وهو المدعوى قال أفلس الرجل اذا صار ذا فليس بعد (٤٤٩) أن كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان

افتقر وفلسه القاضي أي  
 قضى بافلاسه حين ظهر له  
 حاله كذا في الطلبة قال  
 (واذا طالب المحتال عليه  
 المحيل الخ) اذا طالب المحتال  
 عليه بمثل مال الحوالة مدعيا  
 قضاء دينه من ماله فقال  
 المحيل أحلت بدين لي عليك  
 لم يقبل قوله ويجب عليه  
 مثل الدين لان سبب الرجوع  
 وهو قضاء دينه بأمره قد  
 تحقق باقراره الا أنه يدعي  
 عليه دين وهو ينكر والقول  
 قول المنكر والبيئة للمحيل  
 فان أقامه بطل حق المحتال  
 عليه في الرجوع فان قيل  
 لم يجوز أن تكون الحوالة  
 اقرارا منه بالدين عليه  
 أجاب بقوله لانه قد تكون  
 بدونه أي الحوالة قد تكون  
 دون الدين المحال عليه فيجوز  
 انفكاكه عنه وحينئذ  
 يكون التقييد بالدين  
 تقييد ابدل دليل (واذا طالب  
 المحيل المحتال بما أحاله به فقال

لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة (وقالا هذان الوجهان ووجه  
 ثالث وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته) وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده  
 خلافا لهما لان مال الله غادر رايح قال (واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل  
 أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين) لان سبب الرجوع قد تحقق وهو  
 قضاء دينه بأمره الا أن المحيل يدعي عليه دين وهو ينكر والقول للمنكر ولا تكون الحوالة اقرارا منه  
 بالدين عليه لانها قد تكون بدونه قال (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال انما أحلتك  
 لتقبضه لي وقال المحتال لابل أحلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل) لان المحتال يدعي عليه  
 الدين وهو ينكر ولقطة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع عيئه

المحتال وعندهما بدين ووجه آخر وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه وهذا بناء على ان تفليس القاضي يصح  
 عندهما وعنده لا يصح لانه يتوهم ارتفاعه بحديث مال له فلا يعود بتفليس القاضي على المحيل والتوى  
 التلف يقال منه توى بوزن علم يتوى وهو تواتر ولو قال المحتال مات مقلسا وقال المحيل بخلافه ففي  
 الشافعي والمبسوط القول للطالب مع العيئه على العلم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة ولو كان حيا فزعم  
 انه مقلس فالقول له فكذا بعد موته وفي شرح الناصحي القول للمحل مع العيئه لانكاره عود الدين  
 (قوله) واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل (انما) أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله  
 وعليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق في حقه وهو قضاء دينه بأمره ولأن المحيل يدعي دينه عليه  
 وهو ينكر والقول للمنكر) ولا يقال قبول الحوالة من المحتال عليه اقرارا بالدين عليه لانا نقول  
 ليس من ضرورة قبول الحوالة ذلك بل قد تكون بما عليه وهي المقيدة وقد تكون مطلقة والمطلقة هي  
 حقيقة الحوالة أما المقيدة فوكالة بالاداء من وجهه والقبض (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به  
 وقال اني أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال بل أحلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعي  
 عليه) أي على المحيل (دينا وهو ينكر) فالقول له لان فراغ الذمة هو الاصل وبه قال الشافعي في وجه  
 وفي وجه آخر القول للطالب لان الحوالة بالدين ظاهر اقرارا له المحيل بوكيل فهو خلاف الظاهر وهو  
 قول أحد وقول المصنف (ولقطة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع عيئه) جواب  
 عنه وهو بناء على تساوي ما في الاستعمال ومنع كونها بالدين أظهر فالحوالة متواطئ فيهما والافاداة  
 مجازا متعارف فيخص قولهم فان الحقيقة عند أبي حنيفة مقدمة على المجاز المتعارف وقد تكلف شمس

(٥٧ - فتح القدير خامس) انما أحلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل أحلتني بدين لي عليك فالقول قول المحيل  
 فان قيل الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى المحيل أنه أحاله لتقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل أجاب بقوله ولقطة الحوالة ومعناه أن  
 دعواه ذلك دعوى ما هو من محتملات لفظه وهو الوكالة فان لفظ الحوالة يستعمل فيها مجازا لما في الوكالة من نقل التصرف من الموكل الى  
 الوكيل فيجوز أن يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق لكنه مع عيئه لان في ذلك نوع مخالفة للظاهر

(قوله فان لفظ الحوالة الخ) أقول كما سيجي في كتاب المضاربة أحل بمعنى وكل فراجعته قال العلامة الكاكي قيل المجاز لا يعارض الحقيقة  
 فاحتمال المجاز لا يخرج عن ارادة الحقيقة أحجب هذا مجاز متعارف فيمكن أن يخرج عنه عن ارادة الحقيقة ولولم يخرج عنه كان محتملا فلا  
 يدل على الاقرار انتهى وفيه تأمل (قوله لما في الوكالة من نقل التصرف الخ) أقول فيه شيء



قال (ومن أودع رجلاً ألف درهم الخ) اعلم أن الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين أحدهما أن يقيد المحيل الحوالة بالعين الذي له في يد المحال عليه بالوديعة والثاني أن يقيد بها بالدين الذي له على المحال عليه والمطلقة وهي أن ترسلها الرسالة لا يقيد بها يدين له على المحال عليه ولا يعين له في يده وأن كان له ذلك عليه أو في يده أو أن يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له في يده عين أيضاً على نوعين حاله ومؤجلة فالحال هي أن يحيل المدينون الطالب على رجل بألف حاله فأنه تكون على المحال عليه كذلك لأنه التحويل الدين من الأصمـيل فيتحول على الصفة التي على الأصمـيل والقرض أنها كانت على الأصمـيل حاله فكذلك على المحال عليه وليس للمحال عليه أن يرجع على الأصمـيل قبل الاداء لكنه يفعله به ما فعل به كما تقدم في الكفالة والمؤجلة هو أن يكون الدين على الأصمـيل مؤجلاً فيحصل مؤجلاً على المحال عليه بذلك الاجل (٤٥٠) فإن المال يكون على المحال عليه إلى ذلك الاجل لأنه قبلها كذلك إذا عرف

قال (ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال به عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء فان هلكت برئ) لتقيد هاهنا فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات إلى خلف كلافوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً وحكم المقيدة في هذه الجملة لأن لا عليك المحيل مطالبة المحال عليه

الأئمة حين استبعد التواطؤ وتقدم الجواز المتعارف فحملها على ما إذا استوفى المحال الألف المحال بها وقد كان المحيل باع متاعاً من المحال عليه به هذه الألف فيقول المحال كان المتاع ملكي وكنت وكيلاً في بيعه عني والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وانما بيعته لنفسى فالقول للمحيل لأن أصل المنازعة وقع بينهما في ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل فالظاهر أنه انتهى وظاهره تخصيص المسئلة بنحو هذه الصورة وليس كذلك بل جواب المسئلة مطلق في سائر الامهات والحق انه لا حاجة إلى ذلك بعد تجويز كون لفظ أحلتك بألف يراد به ألف للمحيل لأن ثبوت الدين على الانسان لا يمكن عمل هذه الدلالة بل لا بد من القطع به من جهة اللفظ أو دلالة مثل له على أو في ذمتي لأن فراغ الذمة كان ثابتاً بيقين فلا يلزم فيه ضرر شغل ذمته الاجتهاد من اللفظ ومنه نحو قوله اترنم في جواب لي عليك ألف للتيقن بعود الصمير في اترنم على الألف المدعاة بخلاف مجرد قوله أحلتك (قوله ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال به عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء) ليس مما يقضى به وحضوره بخلاف الدين عليه (فان هلكت برئ) المحال عليه وهو المودع (لتقيد هاهنا) أي لتقيد الحوالة بالوديعة التي هلكت (فانه) أي الرجل (ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت الحوالة مقيدة) عين (مغصوب) عرض أو ألف درهم مثلاً فانه اذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لان الواجب على الغاصب رد العين فان عجز رد المثل أو القيمة فاذا هلك في يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ (لان) له خلفاؤه (الفوات إلى خلف كلافوات) فبقيت متعلقة بخلفه فيرد خلفه على المحال (وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً) بأن يحيله بدينه الذي له على فلان المحال عليه فصار المقيدة بالتفصيل ثلاثة أقسام مقيدة بعين أمانة وبعين مضمونة وبعين خاص (وحكم المقيدة في هذه الجملة) أعني الاقسام الثلاثة (أن لا عليك المحيل مطالبة المحال عليه) بذلك العين ولا بذلك الدين (لان الحوالة) لما قيدت بها

هذا فقوله ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال به عليه آخر فهو جائز لبيان جواز الحوالة المقيدة بالعين الذي في يد المحال عليه ووديعة وقوله لأنه أقدر على القضاء دليل جوازه وذلك لوجهين أحدهما أن الاداء منها يتحقق من عين حق المحيل وحينئذ لا يصعب عليه الاداء فكان أقدر والثاني أن الوديعة حاصلة بعينها لا تحتاج إلى كسب والدين قد يحتاج اليه وإذا كان أقدر على القضاء كان أولى بالجواز فكانت جائزة بالدين فلا ت تكون جائزة بالعين أبعد فان هلكت الوديعة برئ المودع وهو المحال عليه وليس للمحال شيء عليه لتقيد هاهنا أي لتقيد الحوالة بالوديعة لانه ما التزم الاداء الا منها فيتعلق بها ويطلب

بها كلها كالزكاة المتعلقة بنصاب معين وقوله بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب بأن كان الألف مغصوباً عند المحال عليه وقيد الحوالة به ببيان جوازها بالعين المغصوبة وانما اذا هلك لا يبرأ الغاصب لأن المغصوب اذا هلك وجب على الغاصب مثله ان كان مثلياً وقيمته ان كان قيمياً فكان الفوات بها كلافوات ففواتها كان باقياً حكماً وقوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً ببيان جوازها مقيدة بالدين كما اذا كان لرجل على آخر ألف درهم وللمدين على آخر كذلك وأحال المدينون الطالب بدينه على مدينه بألف على أن يؤدبه من الألف التي للطاوب عليه فانه جائزة وحكم الحوالة المقيدة في هذه الجملة وهي الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت أو غصبا بالدين أن لا عليك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين أو الدين الذي قيدت الحوالة به بعدها (قوله والمطلقة إلى قوله على نوعين حاله ومؤجلة) أقول قوله والمطلقة مبتدأ وقوله على نوعين خبره (قوله وقوله بخلاف الخ) أقول قوله وقوله مبتدأ وقوله ببيان جوازها خبره

لانه يتعلق به حق الخصال فانه انما رضى بنقل حقه الى المحال عليه بشرط أن يوفى حقه مما لم يحيل عليه أو يبدله فتعلق به حق استيفائه وأخذ  
الحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يتمكن من أخذه ولو دفعها المودع أو غيره الى المحيل ضمن لانه استمكك محلا مشغولا بحق الغير على مثال  
الرهن فان الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الاخذ من يد المرتهن لثلا يبطل حق (٤٥١) المرتهن وقوله وان كان أسوة للغرماء

إشارة الى حكم آخر يخالف

حكم الحوالة حكم الرهن

بعد ما اتفقنا في عدم بقاء

حكم الاخذ للحيل

والراهن وهو أن الحوالة اذا

كانت مقيدة بالعين أو

الدين وعلى المحيل ديون

كثيرة ومات ولم يترك شيئا

سوى العين الذي له يسد

المحال عليه أو الدين الذي

عليه فالمحال أسوة للغرماء

بعد موته خلافا للرفر رجحه

الله وهو القياس لان دين

غرماء المحيل يتعلق بمال

المحيل وهو صار أجنبيا

من هذا المال ولهذا

لا يكون له أن يأخذه في حال

حياته فكذا بعد وفاته

ولأن المحال كان أسبق تعلقا

بهذا المال لتعلقه في صحته

وحق الغرماء لم يتعلق في

صحته فقدم المحال على

غيره كالمرتهن قلنا العين

التي بدأ المحال عليه للحيل

والدين التي له عليه لم يصير

مما لا يصلح بعقد الحوالة

لا بداهة وظاهر ولا رغبة

لان الحوالة ما وضعت

لتمليك وانما وضعت للنقل

فتكون بين الغرماء وأما

المرتهن فانه ملك المرهون

يذا وحسبنا فثبت له نوع

لانه يتعلق به حق الخصال على مثال الرهن وان كان أسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لا يلو يبق له  
مطالبته فبأخذ منه لبطلت الحوالة وهي حق الخصال بخلاف المطلقة لانه لا يتعلق لحقه به بل بذمته فلا  
تبطل الحوالة بأخذ ما عليه أو عنده

(تعلق حق الطالب به) وهو استيفاء دينه منه (على مثال الرهن) وأخذ المحيل يبطل هذا الحق  
فلا يجوز فلودفع المحال عليه العين أو الدين الى المحيل ضمنه للطالب فانه استمكك ما يتعلق به  
حق الخصال كما اذا استمكك الرهن أحد يضمه المرتهن لانه يستحقه ولما كان تشبيه المصنف  
بالرهن يتبادر انه لو ملك المحيل وعليه دين آخر غير دين الخصال ينبغي أن يختص الخصال بذلك الدين الذي  
أحيل به أو العين وليس كذلك بينه المصنف فقال (وان كان) أي الخصال (أسوة للغرماء) فيه (بعد  
موت المحيل وهذا لا يلو يبق) للحيل (حق المطالبة) بما أحال به من الامر المعين (فبأخذ منه بطلت  
الحوالة) الواقع (انها حق الخصال) فليس له أن يبطل حقه وترك الفرق بين الرهن والمحال به ديننا  
أو عيننا والفرق ما قدمناه انه وان كان حق الخصال متعلقا بالعين المخصوصة أو الدين كما يتعلق حق الدائن  
بالرهن المعين لكن ليس له يد ولا ملك والمرتهن له يد ثابتة مع الاستحقاق فكان له زيادة اختصاص واذا  
كان الخصال أسوة للغرماء فلو قسم ذلك الدين أو العين بين غرماء المحيل وأخذ الخصال حصته لا يكون له  
أن يرجع على المحال عليه بقية دينه وهو ظاهر لتقيد الحوالة بذلك المقسم هذا ومن أحكام الحوالة  
المقيدة بالدين أو العين انه لو أبرأ الخصال المحال عليه صح الابراء وكان للمحيل أن يرجع على المحال عليه  
بدينه ولو وهب الخصال دينه من الخصال عليه أو مات الخصال له وورثه الخصال عليه لا يكون للمحيل أن يرجع  
على الخصال عليه والفرق أن الهبة من أسباب الملك وكذا الارث فلذلك الخصال عليه ما في ذمته بالهبة فهو كما  
لو ملكه بالاداء ولو أدى لا يرجع المحيل عليه فكذا اذا ملكه بالهبة بخلاف الابراء فانه في الاصل موضوع  
للاسقاط فلا يملك به الخصال عليه ما في ذمته وانما خرج به عن ضمانه للمحال دينه وهو الساغل لدين المحيل  
فبقى دين المحيل على الخصال عليه بلا ساغل فيرجع به عليه (وقوله بخلاف المطلقة) يتصل بقوله لا يملك  
المحيل مطالبة الخصال عليه بالعين المحال به والدين والحاصل أن الحوالة قسمان مقيدة كما ذكرنا ومطلقة  
وهي أن يقول المحيل للطالب أحلتك بالالف التي لك على هذا الرجل ولم يقل ليؤذيها من المال الذي لي  
عليه فاذا حال كذلك وله عند ذلك الرجاء ودبيعة أو مغبوبة أو دين كان له أن يطالب به (لانه) أي الشأن  
(لا يتعلق لحق الخصال به) أي بذلك العين أو الدين لوقوعها مطلقة عنه (بل بذمة الخصال عليه) وفي  
الذمة سعة (فبأخذ دينه أو عينه من الخصال عليه لا تبطل الحوالة) وما عليه يرجع الى الدين أو الغصب أو  
عنده يرجع الى الدبيعة ومن المطلقة أن يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شيء وتقسم المطلقة الى  
حالة ومؤجلة فالحالة أن يحيل الطالب بألف وهي على المحيل حالة فتكون على الخصال عليه حالة لان  
الحوالة لنحو بل الدين فتحوّل بالصفة التي هي على الاصيل وليس للمحال عليه أن يرجع على الاصيل  
قبل أن يؤدي ولكن له اذا أوزم أن يلازمه واذا حبس أن يجبسه والمطلقة المؤجلة على رجل ألف الى  
سنة فأحال الطالب عليه الى سنة كانت عليه الى سنة ولو حصلت الحوالة مبهمه لم يذكره محمد وقالوا ينبغي  
أن تثبت مؤجلة كافي الكفالة لانه تحمل ما على الاصيل بأى صفة كان فأومات المحيل لم يحل المال على

اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه (قوله وهذا) إشارة الى قوله أن لا يملك المحيل وتقريره ما ذكرناه آنفا  
وقوله بخلاف المطلقة لبيان الحوالة المطلقة وانما لا تبطل بأخذ المحيل ماله عند المحال عليه من العين أو عليه من الدين لان الضمير للشأن  
لا يتعلق بحق المحال به أي بما عند المحال عليه أو عليه بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه وفي الذمة سعة فأخذ ماله عنده أو عليه لا يبطل الحوالة  
وعلى هذا ليس للرذع والغاصب أن يؤدي دين المحال من الدبيعة والغصب والحيل أن يأخذها مع بقاء الحوالة كما كانت

قال (وتذكره السقايج) السقايج جمع سقجة بضم السين وفتح التاء فارسي معرب أصله سقجة يقال شئ المحكم وسمى هذا القرض بد  
لاحكام أمره وصورته أن يدفع إلى تاجر ما لا قرض اليه فعه إلى صديقه وقيل هو أن يقرض إنسانا ما لا يقضيه المستقرض في بلديده  
المقرض وإنما يدفعه على (٤٥٣) سبيل القرض لأعلى سبيل الأمانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وهو نوع نفع

استفيد بالقرض وقد  
نهي رسول الله صلى الله  
عليه وسلم عن قرض جز  
نفعاً وقيل هذا إذا كانت  
المنفعة مشروطة وأما إذا  
لم تكن فلا بأس بذلك ثم  
قيل إنما أورد هذه المسئلة  
في هذا الموضع لأنها معاملة  
في الديون كالكفالة والحوالة  
فإنها معاملة أيضاً في الديون  
والله أعلم

### كتاب أدب القاضي

المحتال عليه لأن حاول الاجل في حق الاصيل لاستغنائها عن الاجل بموته ولا يتأق ذلك في حق المحال  
عليه لأنه حتى محتاج إلى الاجل ولو حل عليه انما يحل بناء على محالوه على الاصيل فلا وجه له لأن الاصيل  
برئ عن الدين في أحكام الدنيا والحق بالأجانب ولومات المحال عليه قبل الاجل والمحيل حتى حل المال على  
المحتال عليه لاستغنائها عن الاجل بموته فإن لم يترك وقاه رجح الطالب على المحيل إلى أجله لأن الاجل  
سقط حكم الحوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحتال عليه مفلساً فينتقض ما في ضمانها وهو سقوط الاجل  
كإلزام المدينين بدين مؤجل عبداً من الطالب ثم استحق العبد عداد الاجل لأن سقوط الاجل كان بحكم  
البيع وقد انتقض كذا هنا (قوله ويكره السقايج) جميع سقجة بضم السين وفتح التاء وهو تعرض بسقجة  
وهو الشئ المحكم سمي هذا القرض به لاحكام أمره وصورته أن يدفع في بلدة إلى مسافر قرضاً يدفعه  
إلى صديقه أو وكيله مثلاً في بلدة أخرى ليستفيد به أمر خطر الطريق لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن  
قرض جز بغير عار وأما الحر بن أبي أسامة في مسنده عن حفص بن حمزة أنبأ أن سوار بن مصعب عن عمار  
الهمداني قال سمعت علياً رضي الله عنه يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل قرض جز نفعاً فهو ربا  
وهو مضعف بسوار بن مصعب قال عبد الحق متروك وكذا قال غيره ورواه أبو الجهم في جزئه المعروف عن  
سوار أيضاً وأخرج ابن عدي في الكامل عن جابر بن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم السقجات  
حرام وأعماله بعد مروين موسى بن وجيهه ضعفه البخاري والنسائي وابن معين وذ كره ابن الجوزي في  
الموضوعات وأحسن ما هنا ما عن العجاجة والسلف ما رواه ابن أبي شبة في مصنفه حدثنا خالد الأحمر عن  
حجاج عن عطاء قال كانوا يكرهون كل قرض جز منفعة وفي الفتاوى الصغرى وغيره أن كان السقجة  
مشروطاً في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد ولو لم يكن مشروطاً جاز وصورته الشرط ما في  
الواقعات رجل أقرض رجلاً ما لا على أن يكتب له به إلى بلد كذا فإنه لا يجوز أن أقرضه بغير شرط وكتب  
جازوكذا وقال كتب لي سقجة إلى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خيره وفي كفاية البيهقي سقايج  
التجار مكرهه ثم قال إلا أن يقرض مطلقاً ثم يكتب السقجة فلا بأس به كذا روى عن ابن عباس رضي الله  
تعالى عنهما ألا ترى أنه لو قضاها بأحسن مما له عليه لا يكره إذا لم يكن مشروطاً قالوا انما يحل ذلك عند عدم  
الشرط إذا لم يكن فيه عرف ظاهر فإن كان يعرف أن ذلك يفعل لذلك فلا والذي يحكى عن أبي حنيفة أنه لم  
يقعد في ظل جدار غريمه فلا أصل له لأن ذلك لا يكون انتفاعاً بملكه كيف ولم يكن مشروطاً ولا متعارفاً  
وإنما أورد القدوري هذه المسئلة هنا لأنها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة والله أعلم

### كتاب أدب القاضي

### كتاب أدب القاضي

(قوله ثم قيل) أقول القائل  
صاحب النهاية

### كتاب أدب القاضي

قال في لطائف الاشارات  
في كتاب الرجوع من شهادة  
السكا في القاضي بتأخير  
الحكم آثم وعزل وعزرائته  
قال الامام السرخسي في  
مبسوطه وان طمع القاضي  
أن يصطلح الخصمان فلا  
باس بأن يردهما ويؤخر  
تنفيذ الحكم بينهما لعلهما  
أن يصطلحا الحديث عـ ر  
رضي الله تعالى عنه قال  
ردوا الخصوم حتى يصطلحا  
فان فصل القضاء يورث  
بين القوم الضغائن وفي رواية  
ردوا الخصوم من ذوى

الارحام ولا ينبغي له أن يردهم أكثر من مرة وأمر بتن ان طمع في الصلح لان في الزيادة على ذلك اضراراً للصاحب  
الحق وان لم يطمع في الصلح أنفذ القضاء بينهم من قبل أن يردهم فهو في سعة من ذلك وليس بواجب عليه ردهم وإنما الواجب عليه  
ما قلده من العمل وهو القضاء بالحق وقد أتى بذلك

لما كان أكثر المنازعات، في البيعات والديون عقوباتها تطعن أو هو قضاء القاضى والقاضى يحتاج الى خصال حميدة يصلح به القضاء وهذا الكتاب لسان ذلك والادب اسم يقع على كل رابضة مشهورة لذلك يتخرج بها الانسان في فصلة من النضال قاله أبو زيد ويجوز ان يعرف بأنها ملكة تعصم من قامت به عايشته ولا شك أن القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأشرف العبادات بعد الايمان بالله هياكل امر الله به كل امر سل حتى خاتم الرسل محمد صلوات الله عليهم أجمعين (٤٥٣) قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة فيها

هدى ونور يحكم بها النبيون وقال وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أعواءهم قال (ولا تصح ولاية القاضى الخ) لا تصح ولاية القاضى حتى يجتمع في المولى بلفظ اسم المفعول واختاره على المتولى بلفظ اسم الفاعل اشارة الى أن القاضى ينبغي أن يكون قاضيا بتولية غيره لا بطلبه التولية شرائط الشهادة من الاسلام والحرية والعقل والبلوغ ويكون أى المولى من أهل الاجتهاد أما الاول يعنى اشتراط شرائط الشهادة فلان حكم القضاء يستقضى أى يستفاد من حكم الشهادة

قال (ولا تصح ولاية القاضى حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) أما الاول فلان حكم القضاء يستقضى من حكم الشهادة

لما كان أكثر المنازعات في الديون والبيعات والمنازعات محتاجة الى قطعها عقوباتها هو القاطع لها وهو القضاء والادب الخصال الحميدة والقاضى يحتاج اليها فأفادها وهو أن ذكر ما ينبغي للقاضى أن يفعله ويكون عليه وسيمت الخصال الحميدة أدبالا ثم اتدعو الى الخير والادب في الاصل من الادب بسكون الدال هو الجمع والدعا هو أن تجتمع الناس وتدعوهم الى طعامك يقال منه أدب زيد بأدب أدبا بوزن ضرب يضرب ضربا اذا دعاك الى طعامه فهو أدب والمأدبة الطعام المصنوع المدعوا اليه ومنه قول طرفة بن العبد يدح قومه بنى بكر بن وائل

ورفوا السؤدد عن آبائهم ثم سادوا سؤدد اغير زمري  
نحن في المشتاة ندعو الجفلى لا ترى الآدب فينا ينتمر

ومنه ما ذكر أبو عبيد في قول ابن مسعود ان هذا القرآن مأدبة الله فمن دخل فيه فهو آمن وروى عنه أيضا مأدبة الله فتعلموا من مأدبته بفتح الدال أى تأديبه وكان الاجر يجعلها للغنين قال أبو عبيد لم أسمع أحدا يقول هذا غيره وأما القضاء فقال ابن قتيبة يستعمل لسان كما ترجع الى الختم والقرع من الامر يعنى بكلمة وفي الشرع يراد به الإلزام ويقال له الحكم لما فيه من منع الظالم عن الظلم من الحكمة التى تجعل في رأس الفرس وأما وصف القضاء ففرض كفاية فلو امتنع الكل أنما هذا اذا كان السلطان لا يفصل بنفسه فافعل لم يأثموا كافي البرازية والسلطان أن يكره من يعلم قدرته عليه لانه لا بد من ابطال الحقوق الى أربابهم بالزام المانعين منها ولا يكون ذلك الا بالقضاء وقد أمر الله تعالى به نبيه صلى الله عليه وسلم فقال تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله وقوله صلى الله عليه وسلم داود بقوله تعالى فأحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى وبعث صلى الله عليه وسلم عليا قاضيا على اليمن ومعاذ وقال له بم تقضى فقال بكتاب الله قال فان لم تجد قال بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فان لم تجد قال اجتهد برأى فأقره وعليه اجماع المسلمين (قوله لا تصح ولاية القاضى حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) هذا لفظ القدرورى وذكر المولى على لفظ المفعول للاشعار بأنه أتى عليه الفعل من غير طلب له منه كما هو الاولى (أما الاول) وهو أنه لا بد أن يكون من أهل الشهادة (فلان حكم القضاء يستقضى من حكم الشهادة) يعنى كل من القضاء والشهادة يستقدم من أمر واحد هو شرط الشهادة من الاسلام والبلوغ والعقل والحرية وكونه غير أعجمي ولا محدودي في قذف والكمال فيه أن يكون عدلا عفيفا عالميا بالسنة وبطريق من كان قبله من القضاة (فرع) قلد عبد فعتق جاز أن يقضى بتلك التولية من غير حاجة الى تجديد كالتجديد في الشهادة حال الرق ثم عتق كذا في الخلاصة في أول كتاب القضاء وذكر بعد رقة لو قلد قضاء مصر لصبي فأدركه ليس له أن يقضى بذلك الامر ولو قلد كافر القضاء فأسلم قال محمد هو على قضائه ولا يحتاج الى تولية ثانية فصدا كالكافر كالعبد والفرق ان كلا منهما له ولاية وبه مانع وبالعتق والاسلام يرتفع أما الصبي فلا ولاية له أصلا وما في القبول لو قال لصبي أو كافر اذا

قوله لما كان أكثر المنازعات (الخ) أقول ما ذكره يقتضى ايراده عقيب كتاب الدعوى وأيضا كان ينبغي أن يبين وجه التأخير عن الكتاب الذى قبله على ما هو دأبهم (قوله قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة الخ) أقول ليس في الآية دلالة على أمر الله تعالى كل امرئ به قال المصنف (حتى يجتمع في المولى) أقول قال في الكفاية المولى

على صيغة اسم المفعول ليكون فيه دلالة على تولية الغير اياه بدون طلبه وهو الاول للقاضى على ما يحى من شاء الله تعالى انتهى وفي وجه الدلالة نوع خفاء وأنه يطلق عليه المولى وان طلبه (قوله لا بطلبه التولية) أقول كما يدل عليه صيغة الفعل فانما التكليف الذى يستلزم الطلب (قوله شرائط الشهادة) أقول أى شرائط أداء الشهادة على المسلمين وقوله شرائط فاعل لقوله يجتمع الذى تقدم في قوله معنى يجتمع في المولى

لان كل واحد من القضاء والشهادة من باب الولاية وهي تنفيذ القول على الغير شاء وأبى وكل ما يستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة فيشترط له شرائط الشهادة لان ولاية القضاء لها كانت أعم أو أكل من ولاية الشهادة أو مرتبة عليها كانت أولى باشتراطها وورعها لو ح المصنف بقوله فيستحق استعادة الاستفادة الى ذلك وعلى هذا كل من كان أهلا للشهادة كان أهلا للقضاء والعكس فالفاسق أهل للقضاء لا أهلية للشهادة حتى لو قلد جازا لأنه لا ينبغي أن يقلد لأنه لا يؤمن في أمر الدين لقلة مبالاة فيه كما في حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قيل جاز عند بناء على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة نظر الى أهل ذلك العصر الذي شهد لهم صلى الله عليه وسلم بالخيرية والى ظاهر حال المسلم في غيرهم ولو كان عدلا ففسق بأخذ الرشوة بضم الراء وكسر ها وهي معروفة أو غير هائل الزنا وشرب الخمر لا ينزل اذ لم يشرط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق العزل فيعزله من له الامر وهذا يقتضي نفوذ أحكامه فيما ارتضى فيه وفي غيره ما لم يعزل واليه أشار الامام البرزوي وقوله وهذا اشارة الى أن استحقاق العزل دون العزل وهو ظاهر المذهب وروى عن الكرخي أنه ينزل بالفسق وهو اختيار (٤٥٤) الطحاوي وعلى الرازي صاحب أبي يوسف ويجوز أن يكون اشارة الى ذلك والى ما تقدم

من جواز تقليد الفاسق القضاء فان اختيار الطحاوي أن الفاسق اذا قلده القضاء لا يصير قاضيا

لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء والقاضي أهل للقضاء حتى لو قلده أصبح الا أنه لا ينبغي أن يقلد كما في حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قيل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله أدركت فصل بالناس أو اقض بينهم جاز لا يخالف ما ذكر في الصبي لان هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط زمان تقدم تحيز واذ لم تصح ولاية الصبي قاضيا لا يصح سلطانا فإني زمانا من تولية ابن صغير للسلطان اذ امانات قد دسئت في فتاوى النسبي وصرح بعدم ولايته وقال ينبغي أن يكون الاتفاق على وال عظيم بصير سلطانا وتقليد القضاء منه غير أنه بعد نفسه تبعا لابن السلطان تعظيما وهو السلطان في الحقيقة انتهى ومقتضى هذا أنه يحتاج الى تجديد بعد باوغه وهذا لا يكون الا ان عزل ذلك والى العظيم نفسه من السلطنة وذلك أن السلطان لا ينزل الا بعزله بنفسه وهذا غير واقع وأما المذكورة فليست بشرط الا للقضاء في الحدود والدعاء فتعضى المرأة في كل شئ الا فيهما وقد اختلف في قضاء الفاسق فأكثر الأئمة على أنه لا تصح ولايته كالشافعي وغيره كما لا يقبل شهادته وعن علمائنا الثلاثة في النوادر مثله لكن الغزالي قال اجتماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد وغيرهما متعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا فاسقا وهو ظاهر المذهب عندنا فالوقد الجاهل الفاسق صح ويحكم بفتوى غيره ولكن لا ينبغي أن يقلد والحاصل أنه ان كان في الرعية عدل عالم لا يحل توليته من ليس كذلك ولولو صح على مثال شهادة الفاسق لا يحل قبولها وان قبل نفذ الحكم بها وفي غير موضع ذكر الاولوية يعني الاولى أن لا تقبل شهادته وان قبل جاز ومقتضى الدليل أن لا يحل أن يقضى به ا فان قضى جاز ونفذ (ولو كان عدلا) قبل الولاية قولني (فسق) وجاز (بأخذ الرشوة وغيرها) من أسباب الفسق (لا ينزل ويستحق العزل هذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا)

(قوله لان كل واحد الخ) أقول في دلالة على الصغرى كلام يندفع بما في النهاية من اعتبار الشهيرة قال في النهاية هذا من قبيل بيان حكم المرجع أى مرجعهما الى أصل واحد وهو أن يكون القاضي حرا مسلما بالغافلا عدلا كما في الشهادة لا أن يكون حكم القضاء منبأ على حكم الشهادة لكن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس يعرف أوصاف القضاء بأوصاف الشهادة بهذا الطريق لذلك ولان أصل الولاية ثبت بأهلية الشهادة كمال الولاية بالقضاء وكال شئ

لا يكون بدون أصله فيصلح أن يكون أهلية الشهادة أصلا لأهلية القضاء وهذا لان الشهادة لو جدد دون وصف القضاء ولا يوجد وصف القضاء بدون وصف الشهادة فكانت ولاية القضاء فرع الشهادة من هذا الوجه فيصح هذا الكلام انتهى (قوله لان ولاية القضاء الخ) أقول هذا الدليل لا يثبت الكبرى الكلية (قوله أو أكل من ولاية الشهادة) أقول اذ يقطع النزاع (قوله أو مرتبة عليها كانت أول الخ) أقول في ثبوت الاولوية في صورة الترتيب بحث كما لا يخفى لا يقال ان القضاء بالشهادة ما كان مشروطا بها يكون شرط الشهادة مشروطا لها بالطريق الاولى لكونه مشروطا بذلك الشرط لانه مغالطة كما لا يخفى (قوله ولو قيل جاز الى قوله في غيرهم) أقول فسه ان ما ذكره لا يدل على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة بل على عكس ذلك فتأمل نعم يدل عن عدم اشتراط التعديل ولا يفيد لكن المراد العدالة الظاهرة المعروفة فتأمل فإنه لا يصح أن يكون ما ذكره من جواز قبول شهادة الفاسق (قوله وهذا يقتضي نفوذ أحكامه الخ) أقول مسلم كما لا يخفى فان قضاء فيما ارتشى عمل لنفسه والقضاء عمل لله فلا يكون ما فعله قضاء (قوله وهذا اشارة الى أن استحقاق الخ) أقول الظاهر اسقاط أن في قوله الى أن الخ ثم أقول وعلى الاول تبدل عبارة الكافي حيث قال ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينزل ويستحق العزل في ظاهر الرواية انتهى (قوله ويجوز أن يكون اشارة الى ذلك) أقول بتأويل ملا كرم



والاول اظهر لقوله ( وعن علمائنا الثلاثة رجهم الله في النواذر انه لا يجوز قضاؤه وهو قول الشافعي فانه لا يجوز قضاؤه عنده كما لا تقبل شهادته عنده ) وقيل هذا بناء على أن الايمان يزيد وينقص فان الاعمال من الايمان عنده فاذا فسق فقد انتقص ايمانه ( وقال بعض المشايخ انه اذا قلد الفاسق يصح ولو قلده وهو عدل ففسق ينزل به لان المقلد اعتمد على الله في تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها ) فكان التقليد مشروطا بقاء العدالة فيمنتهى بانتهائها واعتراض بان قول الفقهاء البقاء ( ٤٥٥ ) أسهل من الابتداء في جواز

وقال الشافعي رحمه الله الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة رجهم الله في النواذر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ رجهم الله اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلده وهو عدل ينزل بالفسق لان المقلد اعتمد على الله فلم يكن راضيا بتقليده دونها

الخيار بين والامر قديون ومعنى يستحق العزل أنه يجب على السلطان عزله ذكره في الفصول وقيل اذا ولي عدلا ثم فسق العزل لان عدل الله في معنى المشروطة في ولايته لانه حين ولاه عدلا اعتمد على الله فكانت ولايته مقيمة بعد الله فزول بزوالها ولا شك انه لو لم ذلك ان عزل فان الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كما اذا قال له اذا وصلت الى بلدة كذا فانت قاضيا واذا وصلت الى مكة فانت أمير الموسم والاضافة كأن يقول جعلتك قاضيا في رأس الشهر ويستغنى منها كأن يقول جعلتك قاضيا الا في قضية فلان أولا تنظر في قضية كذا لكن لا يلزم ذلك اذا يلزم من اختيار ولايته اصلاحه تقييدها به على وجه نزول بزواله فلا ينزل به هذا التقرر بان دفع المورد من أن البقاء أسهل من الابتداء وفي الابتداء يجوز ولاية الفاسق في البقاء لا ينزل وانفقوا في الاحرة والسلطنة على عدم الانزال بالفسق لانهم مبنية على القهر والغلبة ثم الدليل على جواز تعليق الامارة واضافتها لقوله صلى الله عليه وسلم حين بعث البعث الى موته وأمر عليهم زيد بن حارثة ان قتل زيد بن جعفر أميركم وان قتل جعفر فبعث الله ابن رواحة وهذه القصة مما اتفق عليها جميع أهل السير والمغازي ثم الرشوة أربعة أقسام منها ما هو حرام على الآخذ والمعطى وهو الرشوة على تقليد القضاء والامارة ثم لا يصير قاضيا الثاني ارتشاء القاضي ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين ثم لا ينفذ قضاؤه في تلك الواقعة التي ارتشى فيها سواء كان بحق أو باطل أما في الحق فلانه واجب عليه فلا يحل أخذ المال عليه وأما في الباطل فأظهر وحكي في الفصول في نفاذ قضاء القاضي فيما ارتشى فيه ثلاثة أقوال لا ينفذ فيما ارتشى فيه وينفذ فيما سواه وهو اختيار شمس الأئمة لا ينفذ فيها لا ينفذ فيها ما هو ما ذكر البردوي وهو حسن لان حاصل أمر الرشوة فيما اذا قضى بحق ايحاجها فسقة وقد فرض أن الفسق لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر غاية ما وجهه انه اذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده يعني والقضاء عمل لله تعالى وارتشاء القاضي أو ولده أو من لا تقبل شهادته له أو بعض أعوانه سواء اذا كان بعلمه ولا فرق بين أن يرتشى ثم يقضى أو يقضى ثم يرتشى وفيه لو أخذ الرشوة ثم بعث الى شافعي ليقتضى لا ينفذ قضاء الثاني لان الاول عمل في هذا نفسه حين أخذ الرشوة وان كان كتب الى الثاني لسمع الخصومة وأخذ مثل أجر الكتاب صح المكتوب اليه والذي قلده بواسطة الشفعاء كالذي قلده احتسابا في أنه ينفذ قضاؤه وان كان لا يحل طلب الولاية بالشفعاء الثالث أخذ المال ليسوى أمره عند السلطان دفعا للضرر أو جلبا للنفعة وهو حرام على الآخذ لا الدافع وحيلة حلها لا أخذ أن يستأجره يوما الى الليل أو يومين فتصير منافعه مأوكة ثم يستعمل في الذهاب الى السلطان للامر الفلاني وفي القضية قسم الهدية وجعل هذا من أقسامها فقال حلال من الجانبين كالاهداء للتودد وحرام من الجانبين

التقليد مع الفسق ابتداء والعزل بالفسق الطارئ والاول ثابت لانه من مسلمات هذا القرن ينبنى عليه أحكام كثيرة كبقاء النكاح بلا شهود وامتناعه ابتداء بدونها وجواز الشروع في الهبة بقاء لا ابتداء فينتفي الثاني وهو ثبوت القضاء بالفسق ابتداء والعزل بالفسق الطارئ والجواب يؤخذ من الدليل المذكور وهو أن التقليد كان معلقا بالشرط فان تعليق القضاء والامارة بالشرط جائز بدليل ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث جيشا وأمر عليهم زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر أميركم وان قتل جعفر فبعث الله بن رواحة أميركم وكذلك تعليق عزل القاضي بالشرط جائز ذكره في باب موت الخليفة من شرح أدب القاضي والمعلق بالشرط ينتفي بانتهائه والفرق بين القضاء والامامة والامارة في أن الامام أو الامير اذا كان عدلا وقت التقليد

ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة أن مبني الامارة على السلطنة والقهر والغلبة ألا ترى ان من الامر أن قد غلب وحار وأجازوا أحكامه والعبادة تقلد والاعمال منه وصلا وخلفه وأما مبني القضاء فانه على العدالة والامانة واذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة

(قوله والاول اظهر لقوله الخ) أقول وفيه تأمل لطفا دلالة ما ذكره على الاظهرية (قوله وقيل هذا بناء على الخ) أقول فيه بحث (قوله والاول ثابت) أقول يعني قوله البقاء أسهل (قوله وامتناعه الخ) أقول يعني امتناع النكاح بلا شهود (قوله وجواز الشروع في الهبة الخ) أقول كما اذا رجع الواهب في البعض الشائع واستحق البعض الشائع (قوله وأما مبني القضاء الخ) أقول اذا كان عدلا وقت التقليد

(والفاسق هل يصلح مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين والفاسق لا يؤمن علمه وقيل يصلح لانه يخاف أن ينسب الى الخطا فلا يترك الصواب  
وأما الثاني) يعني اشتراط الاجتهاد للقضاء فان لفظ القدوري يدل على أنه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصح وقد ذكر محمد في الأصل  
أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا لكن (الصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الاولوية) قال الخصاف القاضي بقضي باجتهاد نفسه اذا كان له  
رأى فان لم يكن له رأى وسأل فقيمأخذ بقوله (قوله فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا) يحتمل أن يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره  
في مقابلة الاجتهاد وسماه (٤٥٦) جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسباق الكلام ويحتمل أن يكون المراد به

وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين وخبره غير مقبول في البيانات وقيل يصلح لانه يحتمل  
كل الجهد في اصابة الحق حذرا بالنسبة الى الخطا وأما الثاني فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الاولوية فاما  
تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه  
ولا قدرة دون العلم واما أنه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ما يقال الحق  
الى مستحقه

كالا هدا ليعينه على الظلم حلال من جانب المهدي حرام على الآخر وهو أن يهدي ليكيف عند الظلم  
والحيلة أن يستأجره الخ قال هذا اذا كان فيه شرط أما اذا كان الاهداء بلا شرط ولكن يعلم بيمينانه  
انما يهدي اليه ليعينه عند السلطان فتشايعنا على أنه لا بأس به ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فأخدى  
اليه بعد ذلك فهو وحلال لا بأس به وما نقل عن ابن مسعود من كراهته فروع الرابع ما يدفع لدفع  
الخوف من المدفوع اليه على نفسه وماله حلال للدافع حرام على الآخر لان دفع الضرر عن المسلم  
واجب ولا يجوز أخذ المال ليعمل الواجب (وعلى يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين) وقد  
ظهرت خيائته للدين (وقيل يستغنى لانه يحتمل كل الجهد حذرا أن ينسبه فقهاء عصره الى الخطا وأما  
الثاني) وهو اشتراط أهلية الاجتهاد (فالصحيح أنها ليست شرطا الاولوية بل للاولوية فاما تقليد الجاهل  
فصحيح عندنا) ويحكم بفتوى غيره (خلافا للشافعي) ومالك وأحمد وقولهم رواية عن علمائنا نص  
محمد في الأصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا ولكن المختار خلافه قالوا القضاء يستدعي القدرة عليه  
ولا قدرة دون العلم قلنا يمكنه القضاء بفتوى غيره (ومقصود القضاء وهو اصال الحق الى مستحقه)  
ورفع الظلم (يحصل به) فاشتراطه ضائع والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل ما يظنه المجتهد فانه  
لا قطع في مسائل الفقه واذا قضى يقول مجتهد فيه فقد قضى بذلك العلم وهو المطلوب وكون معاذ قال  
أجتهد برأى لا يلزمه اشتراطه واعلم ان كرمعاز الأجماع لانه لم يكن حجة في زمنه صلى الله عليه وسلم  
وقد قدمنا أيضا عن الغزالي توجيه خلافه فيقول في هذا الزمان وفي بعض نسخ الهداية الاستدلال على  
تقليد المقلد بتقليد النبي صلى الله عليه وسلم عليا العن ولم يكن مجتهدا فليس بشئ فانه عليه الصلاة  
والسلام دعاه بأن يهدي الله قلبه وينبئ أسأله فان كان به هذا الدعاء رزق أهلية الاجتهاد فلا إشكال  
والا فقد حصل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسداد وهذا غير ثابت في غيره وسند كرسند حديث  
على رضي الله عنه واعلم أن ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي فلا يفتي الا المجتهد وقد استقر رأى  
الاصوليين على أن المفتي هو المجتهد وأما غير المجتهد ممن يحفظ أقوال المجتهد فليس يفتي والواجب  
عليه اذا سئل أن يذكر قول المجتهد كأي حنيقة على جهه الحكاية فعرف أن ما يكون في زماننا من  
فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هون قيل كلام المفتي لما أخذ به المستفتي وطريق نقله كذلك عن  
اجتهاد أحد أمرين اما أن يكون له فيه سند اليه أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الأيدي نحو كتب

من لا يحفظ شيئا من أقوال  
الفقهاء وهو المناسب  
لسباق الكلام وهو قوله  
(خلافا للشافعي) فانه على له  
يقوله (ان الامر بالقضاء  
يستدعي القدرة عليه ولا  
قدرة دون العلم) ولم يقل  
دون الاجتهاد وشبهه بالبحر  
فان الانسان لا يصل الى  
المقصود للبحر غيره  
بالاتفاق فلو صلى بحر  
غيره لم يعتبر ذلك والاول  
هو الظاهر (ولما أنه يمكنه  
أن يقضي بفتوى غيره لان  
المقصود من القضاء هو أن  
يصل الحق الى المستحق)  
وذلك كما يحصل باجتهاد  
نفسه يحصل من المقلد اذا  
قضى بفتوى غيره وبؤيده  
ما ذكره أحمد بن حنبل  
رحمه الله في مسنده عن  
على رضي الله عنه قال  
أنزلني رسول الله صلى الله  
عليه وسلم الى الجن وأنا  
حديث السن فقلت تنفذني  
الى قوم يكون بينهم أحداث  
ولا علم لي بالقضاء فقال ان  
الله تعالى سيهدي لسائلك  
ويثبت قلبك فاشككت

في قضاء بين اثنين بعد ذلك فانه يدل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان عليا حينئذ لم يكن من أهل الاجتهاد

(قوله ويحتمل أن يكون المراد به من لا يحفظ شيئا الخ) أقول فيه بحث فان مقتضى التشبيه بالبحر أن يراد بالجاهل غير المجتهد لان  
لا يحفظ شيئا من أقوال الفقهاء (قوله ولا قدرة دون العلم ولم يقل دون الاجتهاد) أقول لعل المراد بالعلم المعهود أعني العلم بالاحكام  
الشرعية من أدلتها التفصيلية بقرينة المقام (قوله وشبهه بالبحر) أقول يعني شبه المصنف على ما وجد في بعض النسخ بعد قوله دون العلم  
فصار كالبحر فانه لا يصل بحر غيره (قوله فانه يدل على أن الاجتهاد الخ) أقول الكلام في صحة ولا به المستمر على الجاهل

وينبغي للقلد أن يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلدا انسانا عابدا في رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين

محبدين الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للبعثدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم أو المشهور وهكذا ذكر الرازي فعلى هذا لو وجدنا بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحصل عزوما فيها الى محمد ولا الى أبي يوسف لانهم لم تستمر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول نعم اذا وجد النقل عن النوادر مثلا في كتاب مشهور معروف كالمسند والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك الكتاب فلو كان حافظا لا تاويل المختلفة للبعثدين ولا يعرف الخجة ولا قدره على الاجتهاد لترجيح لا يقطع بقول منها يفتي به بل يحكمها للمستفتي فيختار المستفتي ما يقع في قلبه انه الا صوب ذكره في بعض الجوامع وعندى انه لا يجب عليه حكاية كلها بل يكفي أن يحكي قولها منها فان المقلد ان يقلد أي مجتهد شاء فاذا ذكر أحد هاهنا فقلده حصل المقصود نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسئلتك كذا بل يقول قال أبو حنيفة حكم هذا كذا نعم لو حكى الكل فالأخذ بما يقع في قلبه انه الا صوب اولى والعامى لا عبرة بما يقع في قلبه من صواب الحكم وخطئه وعلى هذا اذا استفتي فقيم بين أعني مجتهدين فاختار عليه الاولى أن يأخذ بما يميل اليه قلبه منها وعندى أنه لو أخذ بقول الذي لا يميل اليه قلبه جاز لان ميله وعدمه سواء والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصحاب ذلك المجتهد أو أخطأ وقالوا المنتقل من مذهب الى مذهب آخر باجتهاد وبرهان ثم يستوجب التعزيز فلا اجتهاد وبرهان اولى ولا بد أن يراد بهذا الاجتهاد معنى التحرى وتحكيم القلب لان العامى ليس له اجتهاد ثم حقيقة الانتقال انما تحقق في حكم مسألة خاصة قلده وعمل به والافقوله قلادت أبا حنيفة فيما أفتى من المسائل مثلا والتزم العمل به على الاجمال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة التقليد بل هذا حقيقة تعليق التقليد أو وعده به لانه التزم أن يعمل بقول أبي حنيفة فيما يقع له من المسائل التي تعين في الوقائع فان أرادوا هذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد المعين بالزمام نفسه ذلك قولاً لاؤنية شرعاً بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما احتاج اليه لقوله تعالى فاستأخوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والسؤال انما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة وحينئذ اذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عليه عمله به والغالب أن مثل هذه الزامات منهم لكف الناس عن تبسيع الرخص والا أخذ العامى في كل مسألة بقول مجتهد قوله أخف عليه وأنا لا أدري ما يمنع هذا من النقل أو العقل وكون الانسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمه عليه وكان صلى الله عليه وسلم يحب ما خفف عن أمته والله سبحانه أعلم بالصواب (قوله) وينبغي للقلد وهو من له ولاية التقليد (أن يختار من هو الاقدر وأولى) لديانته وعفته وقوته دون غيره ويرزقه من بيت المال ولا بأس للقاضي أن يأخذ وان كان غنيا مئرا وان احتسب فهو أفضل والاصل فيه قوله تعالى في مال النبي اذا عمل فيه الوصى ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل كل بالمعروف وذكر عن عررضي الله عنه انه كان يرزق سليمان بن ربيعة الباهلي على القضاء كل شهر خمسمائة درهم لانه فرغ نفسه للعمل للمسلمين فكانت كفايته وعياله عليهم قالوا وكان عررضي الله عنه يرزق شريحا كل شهر مائة درهم ورزقه على خمسمائة وذلك لانه تعالى في زمن عررضي الله عنه أو رخص السعر وكثرة عياله في زمن على رضي الله عنه أو غلاء السعر فرزق القاضي لا يقدر بشئ لانه ليس بأجل لانه لا يحصل على القضاء وانما يختار الاولى لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الحاكم في المستدرک عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من استعمل رجلا على عصابة وفي تلك العصابة من هو أراضى لله منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وقال صحيح الاسناد وتعب بحسين بن قيس فانه ضعيف وضعفه العقيلي وقال انما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رضي الله

(نعم ينبغي للقلد أن يختار الاقدر والاولى لقوله صلى الله عليه وسلم من قلدا انسانا عابدا في رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين) وهو حديث ثبت بنقل العدول فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن المدونات فانه طعن بلا دليل فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل

(قوله) فلا يلتفت الى ما قيل (الح) أقول وقد مر في باب الاحرام من كتاب الحج

(قوله وفي حد الاجتهاد) اشارة الى معنى الاجتهاد اجمالا فان بيانه تفصيلا موضعه أصول الفقه وقد ذكرناه في التقرير بمفصلا (وحاصل ذلك أن يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وأصاحب فقه له معرفة بالحديث لتلايشغل بالقياس في المنصوص عليه) والفرق بين العبارتين (٤٥٨) (نير (وقيل أن يكون مع ذلك) أي مع ما ذكرنا من أحد الأمرين (صاحب قريحة) أي

وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وأصاحب فقه له معرفة بالحديث لتلايشغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل أن يكون مع ذلك صاحب قريحة يعرف بمعادن الناس لأن من الأحكام ما يبقى عليها قال (ولابأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه) لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكنى بهم قدوة ولأنه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف

عنه وأخرجه الطبراني من غير طريق حسين هذا عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تولى من أمر المسلمين شيئا فاستعمل عليهم رجلا وهو يعلم أن فيه من هو أولى بذلك وأعلم منه بكتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فسد خان الله وسوله وجماعة المسلمين وروى أبو يعلى الموصلي في مسنده عن حذيفة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أعمار رجل استعمل رجلا على عشرة أنفس وعلم أن في العشرة من هو أفضل منه فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين والذي له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذي نصبه الخليفة وأطلق له التصرف وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل له خراجها وأطلق له التصرف فان له أن يولي ويعزل كذا قالوا ولا بد من أن لا يصرح له بالمنع أو يعلم ذلك يعرفهم فان نائب الشام وطلب في ديارنا يطلق لهم التصرف في الرعية والخراج ولا يولون القضاء ولا يعزلون ولوروى في حكم المولى ثم جاء بكاتب السلطان لا يكون ذلك امضاء للقضاء والحرية شرط في السلطان وفي التقليد بالاصالة لا بطريق النيابة فان السلطان اذا أمر عبده على ناحية وأمره أن ينصب القاضي جاز فان نصبه كنصب السلطان بنفسه (قوله وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه وحاصل ذلك) الكلام (أن يكون صاحب حديث له معرفة في الفقه ليعرف معاني الآثار وأصاحب فقه له معرفة بالحديث لتلايشغل بالقياس في المنصوص عليه) والفرق بين القولين أن على الاول نسبته الى معرفة الحديث أكثر من معرفته بالفقه وفي الثاني عكسه ثم ان المصنف رتب على الاول كونه حينئذ يعرف معاني الآثار والمراد بمعاني الآثار المعاني التي هي مناطة لاحكام الدالة عليها ألفاظ الحديث وعلى الثاني سلامته من القياس مع معارضة النص وقد وقع التصريح بأنهم ما قولان ولا شك في ذلك لانهما متضادان لأن كونه أدري بالحديث من الفقه يضاد كونه أدري بالفقه من الحديث وأنت تعلم أن المجتهد يحتاج الى الأمرين جميعا وهو تحرزه من القياس في معارضة النص ومعرفة معاني الآثار ليعتد من القياس فالوجه أن يقال صاحب حديث وفقه ليعرف معاني الآثار ويجمع عن القياس بخلاف النص والحاصل أن يعلم الكتاب والسنة بأقسامهما من عبارتهما واثباتهما وماود لالتهما واقتضائهما وباقي الاقسام ناسخهما ومنسوخهما ومناطاة أحكامهما وشروط القياس والمسائل المجمع عليها الثلاث يقع في القياس في مقابلة الاجماع وأقوال الصحابة لانه قد يقدمه على القياس فلا يقبس في معارضة قول الصحابي ويعلم عرف الناس وهذا قوله (وقيل أن يكون صاحب قريحة الخ) فهذا القيل لا بد منه في المجتهد في أنقن هذه الجملة فهو أهمل الاجتهاد فيجب عليه أن يعمل باجتهاده وهو أن يبذل جهده في طلب الظن بمحكم شرعي عن هذه الدلالة ولا يقلد أحدا (قوله ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه لان الصحابة رضوان الله عليهم تقلدوا ولأنه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف)

طبيعة جيدة خالصة من التسيكات المكسرة يقتل من المطالب الى المبادئ ومنها الى المطالب بسرعة يترتب المطالب على ما يصلح أن يكون سبيله من عرف أو عادة فان من الاحكام ما يبتنى عليها مخالفا للقياس كدخول الخيام وتساطي العجين وغير ذلك قال (ولا بأس بالدخول في القضاء الخ) ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنه اذا ولاه قام بما هو فرضه وهو الحق لان القضاء بالحق فرض أمر به الانبياء قال الله تعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال لنبينا صلى الله عليه وسلم انا نزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس فمن وثق بنفسه أنه يؤدي هذا الفرض فلا بأس بالدخول فيه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكنى بهم قدوة ولأنه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف ونهي عن المنكر واعترض بأن الدخول في فرض الكفاية ان لم يكن واجبا فلا أقل من الندب كما في صلاة الجنائز وغيرها

وأجيب بانه كذلك الآن فيه خطر الوقوع في المحذور

اما

(قوله وحاصل ذلك أن يكون الخ) أقول قوله لا يخبر ويجوز أن يكون حالا وان يكون صفة بل هو أولى (قوله من عرف أو عادة) أقول للتخفيف في التعبير (قوله وتساطي العجين) أقول أي استقرضه فان القياس بأبي جواز له لعدم إمكان معرفة المساواة فيه لعدم إمكان معرفة ما دخل في كل منهما من الماء (قوله وقال لنبينا عليه الصلاة والسلام الخ) أقول فيه تأمل

فكان به بأس قال (وبكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عن أداء فرض القضاء ولا يأمن على نفسه الحيف وهو الجور فيه كرهه الدخول فيه كي لا يصير الدخول فيه شرطا أي وسيلة إلى مباشرة القبيح وهو الحيف في القضاء) وأنما عبر بلفظ الشرط لأن أكثر ما يتبع من الحيف أنما هو الميل إلى حطام الدنيا بأخذ الرشا وفي الغالب يكون ذلك مشروطا بقدر معين مثل أن يقول لي على فلان أوله على مطالبته بكذا فإن قضيت لي فإني كذا وكره بعض العلماء وبعض السلف الدخول فيه مختارا سواء وثقوا بأنفسهم أو خافوا عليها وفسر الكراهة ههنا بعدم الجواز قال الصدر الشهيد في أدب القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه إلا مكرها ألا ترى أن أبا حنيفة رحمه الله دعى إلى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشر أصحابي فاستشار أبا يوسف رحمه الله فقال أبو يوسف لو تقلدت لتفجع الناس فنظر إليه أبو حنيفة نظر المغضب وقال أرايت لو أشرت أن أعبر البحر سباحة كنت أقدر عليه وكأني بك قاضيا وكذا دعى محمد رحمه الله إلى القضاء فأبى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد واستدل المصنف على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكن رواه أبو هريرة رضي الله عنه وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكن قال لأن السكن يؤثر في الظاهر والباطن جمعا والذبح بغير سكن يؤثر في الباطن بازهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر وبإل القضاء لا يؤثر في الظاهر فإن ظاهره جاء وعظمه لكن في باطنه هـ ذلك وكان شمس الأئمة الحلبي رحمه الله يقول لا ينبغي لأحد أن يزدرى هذا اللفظ كي لا يصيبه (٤٥٩) ما أصاب ذلك القاضي فقد حكى أن

قاضيا روى له هذا الحديث فازدراه وقال كيف يكون هذا ثم دعا في مجلسه بمن يسوى شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فأصابه الموسى وأتى رأسه بين يديه ثم قال المصنف (والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في إقامة العدل) روى الحسن عن أبي يوسف ومحمد أنه إذا قلد من غير مسئلة لأبأس به وقال (الترك عزيمة لأنه قد يخطئ ظنه)

قال (وبكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه) كي لا يصير شرطا لمباشرة القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه الصلاة والسلام من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكن والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في إقامة العدل والترك عزيمة قلده يخطئ ظنه ولا يوفق له أولا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة إلا إذا كان هو أهلا للقضاء دون غيره فيتمتد بقدر ضرر عليه التقلد صيانة لحقوق العباد وإخلاء للعالم عن الفساد

أما أن العناية تقلدوا فحديث معاذ معروف وكذا على رضى الله عنهم الرواية أبي داود عن علي قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن فأضيا فقلت يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء فقال إن الله سيمد لي قلبك ويثبت لسانك فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإنه أحرى أن تبين لك القضاء قال فازلت قاضيا وما شككت في قضاء بعد ورواه أحمد وأبو يحيى بن راهويه والطبراني والحاكم وقال صحيح الإسناد وآخرجه ابن ماجه وفيه فضر بصدري وقال اللهم اهد قلبه وثبت لسانه قال فما شككت الحديث وصححه أيضا الحاكم في المستدرک عن ابن عباس قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم عليا رضى الله عنه إلى اليمن فقال عليهم الشرائع واقض بينهم الحديث وصححه ثم قلده على شريح الإمام وأما أنه فرض كتابة

فما اجتهد (ولا يوفق له) إذا كان مجتهدا (أولا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة) أن كان غير مجتهد وقال شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب القاضي للخصاف دخل في القضاء قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه أصح وأسلم لأنه يلزم أن يقضى بحق ولا يدرى أي قدر على الوفاء به أولا وفي ترك الدخول صيانة لنفسه وهذا إذا كان في البلد غير ممن يصلح للقضاء (فأما إذا كان هو الأهل دون غيره فحتمتد بقدر ضرر عليه الدخول صيانة لحقوق العباد) في حقهم (وإخلاء للعالم عن الفساد) في الحدود والقصاص فإذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه أعوان كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم والأفلا ولو امتنع الكل حتى قلده جاهل اشتركو في الاثم لادائه إلى تضييع أحكام الله تعالى

(قوله فكان به بأس) أقول سبق من الشارح في أول فصل التنفيل أن قول من قال كلمة لأبأس تستعمل فيما يكون تركه أولى ليس مجرى على عومه (قوله كي لا يصير الدخول فيه شرطا أي وسيلة إلى مباشرة القبيح) أقول فيه بحث فإن شرط مباشرة القبيح على ما ذكره ليس بالدخول في القضاء فلا يطابق المشروح ولا يبعد أن يدعى كون الدخول شرطا لصدق تعريفه عليه فتأمل (قوله ألا ترى أن أبا حنيفة الخ) أقول فيه أن قصة أبي حنيفة لا تدل على جواز الدخول فيه ولو مكرها ألا ترى أنه أكره عليه ولم يدخل قال المصنف (والصحيح الخ) أقول فالحديث محمول على القاضي الجائر أو الطالب (قوله لأنه قد يخطئ ظنه فيما اجتهد الخ) أقول فيه بحث فإن المجتهد إذا أخطأ تباب وعندي الأصوب أن يقال قلده يخطئ ظنه أي ظنه قبل الدخول في القضاء بأنه يقضى بالحق له يخطئ اذ ربما يظهر الطمع للكامن الذي كاذبا فلا وغير ذلك من الغصب والتعصب والميل إلى بعض الأشياء والخوف (قوله أن كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم) أقول أي لا يفصل في الخصومة بين الناس كما ينبغي



قال (وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها) لقوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولأن من طلبه يعقد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهيهم

فقد قدمناه غير أن مقتضاه أن يكون الدخول فيه مستحبا وعبارة لا بأس أكثر استعمالها في المباح وما تركه أولى وحاصل ما هنا أنه إن لم يأمن على نفسه الحيف أي الجور أو عدم إقامة العدل كره له الدخول كراعاة تحريم لأن الغالب الوقوع في محظوره حيث ذوان أمن أبيع رخصة والترك هو العزيمة لأنه وإن أمن فالغالب هو خطأ ظن من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه فيؤخره عن الاستحباب هذا إذا لم تنحصر الأهلية فيه وإن اتحصرت صار فرض عين وعليه ضبط نفسه إلا أن كان السلطان ممن يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك وحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين حسنة الترمذي وأخرجه ابن عدي في الكامل من حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من استقضى فقد ذبح بغير سكين وحكي أن بعض القضاة استخف بهذا الحديث ثم دعا من يسوي له الجنة فيبينها هو يحل له ثمحت الجنة في حلقومه أذعطس القاضي قال في الموسى رأسه وقد حاف في التحذير من القضاء آثار وقد اجتنبه أبو حنيفة وصبر على الضرب والسجن حتى مات في السجن وقال البحر عميق فكيف أعبر به بالسباحة فقال أبو يوسف البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم فقال أبو حنيفة كائن بكن قاضيا وقول أبي حنيفة كقول أبي قلابة ما وجدت القاضي إلا كساحج في بحر فكم يسبح حتى يفرق وكان دعي للقضاء فهو ضرب حتى أتى الشام فوافق موت قاضيا فهو ضرب حتى أتى البصرة واجتنبه كثير من السلف وقيد محمد بن الحسن بنفان ثلاثين يوما وأبينة فأور بعين يوما ليتقلده وقد أخرج مسلم عن أبي ذر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له يا أبا ذر إن أحب لك ما أحب لنفسى لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال النبي وأخرج أبو داود عن أبي بريدة عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاء ثلاثة أثان في النار وواحد في الجنة رجل عرف الحق ففرض به فهو في الجنة ورجل عرف الحق فلم يقض وجار في الحكم فهو في النار ورجل لم يعرف الحق ففرض للناس على جهل فهو في النار وفي صحيح ابن حبان عن عائشة رضي الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يدعي بالقاضي العادل يوم القيامة فيلقي من شدة الحساب ما يمتني أنه لم يقض بين اثنين في عمره وأخرج الحاكم عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ولي عشرة فكم بينهم بما أحبوا أو كرهوا جني به يوم القيامة مغالاة يدها إلى عنقه فإن حكم بما أنزل الله ولم يرتس في حكمه ولم يحف فك الله عنه غلته وإن حكم بغير ما أنزل الله وارتس في حكمه وحاف فيه شدة يساره إلى يمينه ثم رمى به في جهنم وروى النسائي عن مكحول لو خبرت بين ضرب عني وبين القضاء لا خبرت ضرب عني وأخرج ابن سعد في الطبقات قال استعمل أبو الدرداء دعي على القضاء فأصبح الناس يهونونه بالقضاء فقال أنهم نوتني بالقضاء وقد حطت على رأس مهواة من ثلث أبعدين عدن آيين وأما ما في البخاري سبعة يظلمهم الله في ظله يوم لا ظل الا ظله امام عادل فلا ينافي حجة أو لا مغالاة يده إلى عنقه إلى أن يفكها عدله فيظلمه الله تعالى في ظله فلا يعارض (قوله وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل إلى نفسه الخ) أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سأل القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولفظ أبي داود من طلب القضاء واستعان عليه وأخرجه الترمذي أيضا على أنس صر فوعا من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعا وكل إلى نفسه ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكا يسدده وقال حسن غريب وهو أصح من حديث اسماء يسأل يرد سند الأول وأصح من الكل

قال (وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها الخ) من صلح للقضاء ينبغى له أن لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسألها بلسانه لما روى أنس ابن مالك رضي الله عنه من قوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده وكل بالتخفيف أي فوض أمره إليها ومن فوض أمره إلى نفسه لم يهتد إلى الصواب لأن النفس أمارة بالسوء لأن من طلب القضاء فقد اعتمد فقهاء وورعه وذكاه وأعجب فيحرم التعويض وينبغي أن لا يشتغل المرء بطلب مال أو نال يحرم به وإذا أكره عليه فقد اعتصم بحبل الله مكسور والقلب بالأكراه على ما لا يحببه ورضاه وتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق

(ثم يجوز النقل من السلطان الجائر كما يجوز من العادل) لان الصحابة رضى الله عنهم تقلدوه من معاوية رضى الله عنه والحق كان يسد على رضى الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الخجاج وكان جازرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالنقل بخلاف ما اذا كان يمكنه

حدث البخاري قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن سمره لا تسأل الامارة فانك ان وتيتها عن مسئلة وكات اليها وان او تيتها عن غير مسئلة أعنت عليها واذا كان طلب الولاية أن يوكل الى نفسه ونجب أن لا يحصل لانه حينئذ معلوم وقوع الفساد منه لانه محذور (قوله ويجوز النقل من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضى الله عنهم تقلدوه من معاوية رضى الله عنه والحق كان يسد على رضى الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الخجاج) هذا تصريح بجور معاوية والمراد في خروجه لافي أفضيته ثم انما يتم اذا ثبت انه ولي القضاء قبل تسليم الحسن له وأما بعد تسليمه فالاوي يسمى ذلك العام عام الحاجة واستقضى معاوية بالادرء بالشام وبهامات وكان معاوية رضى الله عنه استشاره فمين بولي بعده فأشار عليه بفضالة بن عبيد الانصاري فولاه الشام بعده وقوله في نوبته نوبة على التي ذكرها المصنف هي كونه رابعا بعد عثمان وقيد بنوبته احترازا عن قول الروافض انه كان أحق بهم في سائر النوب حتى من أبي بكر رضى الله عنه وانما كان الحق معه في تلك النوبة لصحة بيعته وان عقاده هاف كان على الحق في قتال أهل الجبل وقتال معاوية بصفين وقوله عليه الصلاة والسلام لعمار ستقتلك الفئة الباغية وقد قتل أصحاب معاوية بصرح بأنهم بغاة ولقد أظهرت عائشة رضى الله عنها الندم كما أخرجه ابن عبد البر في الاستيعاب قال قالت رضى الله عنها لابن عمر يا أبا عبد الرحمن ما منعك أن تنهاني عن مسيري قال رأيت رجسا لا غلب عليك يعني ابن الزبير فقالت أما والله لو نهيتني ما خرجت وأما الخجاج فعنه معروف في تاريخ البخاري بسنده عن أبي اسحق قال كان أبو بردة بن أبي موسى على قضاء الكوفة فعزله الخجاج وجعل أنفاه مكانه وأسنده في موضع آخر عن ضمرة قال استقضى الخجاج أبا بردة بن أبي موسى وأجلس معه سهيدا بن جبير ثم قتل سعيد بن جبير ومات الخجاج بعده بسنة أشهر وفي ناويج أصحابنا الحافظ أي نعيم عبد الله بن أبي مرجم الأموي ولي القضاء بأصبهان الخجاج ثم عزله الخجاج وأقام حجبوسا واسط فلما هلك الخجاج رجع الى أصبهان وتوفي بها وقال ابن القطان في كتابه في باب الاستسقاء طلحة بن عبد الله ابن عوف أبو محمد الذي يقال له طلحة الندي ابن أخي عبد الرحمن بن عوف تقلد القضاء من يزيد بن معاوية على المدينة وهو تابعي يروي عن ابن عباس وأبي هريرة وأبي بكر رضى الله عنهم وقوله (الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق) استثناء من قوله يجوز النقل من السلطان الجائر (لان المقصود لا يحصل من النقل) حينئذ وهو ظاهر هذا واذا لم يكن سلطان ولا من يجوز النقل منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غالب عليهم الكفار كفرطبة في بلاد المغرب الآن وبلنسية وبلاد الحبشة وأقروا المسلمين عندهم على مال يؤخذ منهم يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم بمعاوونه واليا فيولى قاضيا أو يكون هو الذي يقضى بينهم وكذا ينصبوا لهم اماما يصلى بهم الجمعة ويؤمهم في العزل للسلطان عزل القاضي بريبة وبلارية ولا يعزل حتى يبلغه العزل ويعزل نائبه بعزله بخلاف ما اذا مات القاضي يعزل نائبه وكثير من المشايخ على أن النائب لا يعزل بعزل القاضي لانه نائب للسلطان ويعزل القاضي بعزله نفسه اذا بلغ السلطان ومالم يبلغه لا يعزل كعزل الوكيل نفسه لا يعزل حتى يبلغ الموكل وقيل لا يعزل القاضي بعزله نفسه لان قضاءه صار حقا للعمامة فلا يملك إبطاله وعن أبي يوسف لا يعزل بعزل السلطان حتى يأتي قاض آخر صيانة لحقوق الناس ومثله وصى القاضي اذا عزل نفسه يشترط علم القاضي ويجوز تعليق العزل بالشرط ومن صورته اذا كتب الخليفة اليه اذا وصلك كتابي هذا فأنت معزول لا يعزل حتى يصل اليك الكتاب ولم يجوز طهيز الدين تعليق العزل وليس بشيء عوي يعزل خلفاء القاضي بموته ولا يعزل امرء

(قوله ثم يجوز النقل من السلطان الجائر) تقرير على مسئلة القدوري يتبين أنه لا فرق في جواز النقل لاهل بيته أن يكون الموالي عادلا أو جائرا فكلما جاز من السلطان العادل جاز من الجائر وهذا لان الصحابة رضى الله عنهم تقلدوا القضاء من معاوية وكان الحق مع علي رضى الله عنه في نوبته دل على ذلك حديث عمار ابن ياسر وانما قيد بقوله (في نوبته) احترازا عما يؤوله الروافض ان الحق مع علي رضى الله عنه في نوبة أبي بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم أجمعين وليس الامر كما قال اربل أجمع الامة من أهل الحل والعقد على صحة خلافة الخلفاء قبله وموضعه باب الامامة في أصول الكلام وعلماء السلف والتابعين تقلدوه من الخجاج وجوره مشهور في الاتفاق وقوله (الا اذا كان لا يمكنه من القضاء) استثناء من قوله يجوز النقل من السلطان الجائر فانه اذا كان لا يمكنه من القضاء (لا يحصل المقصود بالنقل) فلا فائدة لتقلده (بخلاف ما اذا كان يمكنه)

(قوله احترازا عما يقوله الروافض) أقول ويحتمل أن يكون احترازا عن خلافة معاوية استمقلا

(وهذا السؤال) أي سؤال المعزول (لكشف الحال لا لإلزام) فإنه بالعزل التحق بإحدى الرعايا فلا يكون قوله حجة ومتى قبلنا ذلك بحثنا على ذلك احترازاً عن الزيادة قبل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى إلى المفعول الثاني بمن وهو ناليس كذلك وأجيب بأن المفعول الثاني محذوف وتقديره ويسألان المعزول عن أحوال السجلات وغيرها وقوله شيئاً فشيئاً منصوب بعامل منصرف يدل عليه قوله ويسألانه أي يسألان شيئاً فشيئاً وليس بشيء لأن الكلام في الثاني كالكلام في الأول والأولى أن يجعل حالا بمعنى مفصلاً كما في قوله تبينت له حسابه بابا بابا قال (ويُنظر المولى في حال المحبوسين) بأن يبعث إلى الحبس من يحبسهم ويأتيه بأسمائهم ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم (لأنه نصب ناظراً) لامور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة لما تقدم فلا بد من التفحص عن أحوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم (فن اعترف بحق الزمهاياه) وحسبه إذا طلب الخصم ذلك لأن الإقرار على الواحد يحمل عرضه وعقوبته أي حبسه (ومن أنكر) ما يوجب الحبس (لم يقبل قول المعزول إلا بالبينة لما تقدم أنه صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لاسيما إذا كانت على فعل نفسه) فإن قامت البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود ودرهم إلى الحبس لقيام الحجة وإن لم يعرفهم يسأل عن الشهود فإن عدلوا فكذلك (وإن لم تقم بينة) أولم يحضر خصم وادعى المحبوس (٤٦٣) أن لا خصم له وهو محبوس بغير حق (لم يجعل

بتخليته حتى ينادى عليه) أي أما إذا جلس يقول المنادي إن القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس فلان في خصمه فليحضر فإن حضر والا فليحضر من حضر والا فليحضر رأي القاضي أن يطلقه فإن لم يحضر له رجل منهم خصم أخذ منه كفيلاً بنفسه وأطلقه لأن فعل المعزول حق ظاهر فلا يجعل بالتخليته ويستظهر أمره كي لا يؤدي إلى إبطال حق الغير لجواز أن يكون له خصم غائب يدعى عليه إذا حضر والفرق لا يبيح حنيفة رجه الله في أخذ الكفيل هنا وبين مسألة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هنالك كفيلاً على ما ينبغي

وهذا السؤال لكشف الحال لا لإلزام قال (ويُنظر في حال المحبوسين) لأنه نصب ناظراً (فن اعترف بحق الزمهاياه) لأن الإقرار لازم (ومن أنكر) لم يقبل قول المعزول عليه إلا بينة) لأنه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لاسيما إذا كانت على فعل نفسه (فإن لم تقم بينة لم يجعل بتخليته حتى ينادى عليه ويُنظر في أمره) لأن فعل القاضي المعزول حق ظاهر فلا يجعل كي لا يؤدي إلى إبطال حق الغير

كتب أوقافهم بل إذا كان القاضي هو ناظر الوقف (وهذا السؤال لكشف الحال) لا لإلزام العمل بمقتضى الجواب من القاضي فإنه التحق بسائر الرعايا بالعزل ثم إذا قبضه ختماء عليه خوفاً من طرأ التغيير وأما ما قيل بكتبان عدد ضياع الوقوف ومواضعها فليس إلى ذلك حاجة فإن كتب الأوقاف مشتملة على عدد الضياع الموقوفة والدور والخوانيت مسدودة (قوله ويُنظر في حال المحبوسين) فيبعث إلى السجن من يحبسهم ويأتيه بأسمائهم وأخبارهم ويسأل المحبوس عن سبب حبسه لأن القاضي ناظر في أمور المسلمين وهو لا يعلم مسلمون محبسون ولا بد أن ثبت عند سبب حبسهم وثبوتهم عند الأول ليس حجة يتقدمها الثاني في حبس هؤلاء لأن قول الأول لم يبق حجة (فن اعترف بحق الزمهاياه) ورده إلى السجن إلا أن يبلغ المقدار الذي يخرج به من السجن عنده إذا لم يثبت له مال وكذا من أنكر وشهد الشهود عليه والقاضي يعرف هؤلاء الشهود بالعبد فإن لم يعرف عدالتهم أخذ منهم كفيلاً وأطلقهم حتى ينظر في حالهم فإن ظهرت عدالة الشهود ودرهم إلى السجن إذا طلبه الخصم (ولو أخبر القاضي المعزول بسبب حبسهم لا يقبل لأنه التحق بـ) واحد من (الرعايا وشهادة الفرد ليست حجة) موجهة للعمل (لا سيما وهي) على فعل نفسه (وبهذا قال الشافعي ومالك وقال أحمد يقبل قوله بعد العزل كما قبل العزل لأنه أمين الشرع وعند مالك لا يقبل قوله قبل العزل أيضاً لا بحجة) (وإذا لم يقبل قول المعزول عليه ولم تقم بينة) بما يوجب حبسه (لا يجعل) باطلاً (لأن فعل القاضي ظاهراً) ما كان (الاجتزائي) فيحتمل لخصمه الغائب

أن في مسألة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفي ثبوته لغيره شك فلا يجوز تأخير المحقق لأمر موهوم

(قوله وهذا السؤال أي سؤال المعزول) أقول أو سؤال أمينه فالسؤال ههنا مضاف إلى مفعوله (قوله قيل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام) أقول ولا يبعد أن يكون السؤال بمعنى الاستعطاء أي يستعطيان القاضي المعزول نوعاً من الخرافات فنوعاً آخر بعده منسلاً يستعطيان أولاً خريطة السجلات ثم خريطة الصكوك وعلى هذا هذا السؤال لكشف الحال أي الاستعطاء على هذا الوجه ويؤيد كونه بمعنى الاستعطاء قوله ومن قلدا القضاء يسأل ديوان القاضي فأفهم (قوله شيئاً فشيئاً منصوب) أقول يعني منصوب على المفعولية (قوله لأن الإقرار على الواحد يحمل عرضه الخ) أقول قال صاحب البدائع قال النبي عليه الصلاة والسلام إلى الواحد يحمل عرضه وعقوبته انتهى فإن قيل من أين علم أنه واحد قلنا من حبس القاضي المعزول فإن الظاهر أنه لو لم يعلم بساره لم يحسبه قال المصنف (لم يقبل قول المعزول عليه إلا بينة) أقول فيه تسامح لظهور أن الحجة هي البينة لا قول المعزول (قوله فإن لم يحضر له رجل منهم خصم الخ) أقول يعني بعد النداء (قوله على ما ينبغي) أقول في فصل القضاء بالمواريث من هذا الكتاب

وأما من حيث ذلك فالحق ثابت بغير دليل ظاهر إلى ظاهره بل المعزول لكنه مجهول فلا تكون الكفالة لاهر موهوم وقيل أنه الكفيل  
 دون يستأجر الخلاف فلا يحتاج إلى فرق وذكر في المحيط الصحيح أن أخذ الكفيل هيئاً بالاتفاق فاسترق المذكور يكون محتسماً إليه وإن  
 زل لا يسأل إلى أولاً أعطي كفيه لا لأنه يجب على من نادى عليه شهراته خلاه لأن طلب الكفيل كان احتياطاً فإذا امتنع احتسب بوجه  
 آخر وهو جعله بئس عليه شهرته (ويستمر المولى في الودائع وارتفاع الرقوف) لأنه نصب نائباً في أمور الناس (فيعمل في المذكور على)  
 حسب ما تقوم به البيئة أو يعترف من حويله (لأنه لا بد له من جهة) وكل ذلك جهة ولا يتقبل قول المعزول فيه لما مر غير من إلا أن  
 بهت في ذواته أن المعزول سلمها إليه فيقبل فيها قول المعزول لأنه قرار ذي اليد ثبت أن اليد كانت للمعزول فيدفع إقرار المعزول به كأنه  
 بئس له (ولكن كونه بئس عليه ما يحل إقراره فيكذلك إذا كان بئس مودعه لا يتبدل المودع كبد المودع) إلا إذا أذن اليد بالإقرار وغير من أقوله  
 القاضي فإنه يسلم إلى المقر له الأول (٤٦٤) لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له من جهة

القاضي) والمطالع أن  
 هذه المسئلة على خمسة أوجه  
 وذلك لأن من يبدد المال  
 إما أن يشرب بشئ مما أقر به  
 المعزول أو يبيد كله فإن  
 كان شئاً فالقول قوله ولا  
 يجب بقول المعزول عليه  
 شئ وإن كان الأول فإما أن  
 يسأل دفعه القاضي إلى  
 وهو لفلان بن فلان من أقر  
 له القاضي وهو المذكور في  
 الكتاب أو لا تعليل وإما أن  
 يقبل دفعه القاضي إلى  
 ولا أدري لمن هو وحكمه  
 حكم المذكور في الكتاب  
 والتعليل التعليل وإما أن  
 يقبل دفعه إلى القاضي  
 المعزول وهو لفلان بن فلان  
 أقوله القاضي وحكمه ما تقدم  
 لا لمأبداً بأدفع من القاضي  
 فتدأقر باليد فصار كأن  
 المال في يده لما مر ثم أقر أنه  
 (ويستقر في الودائع وارتفاع الرقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البيئة أو يعترف به من حويله) لأن كل  
 ذلك جهة (ولا يتقبل قول المعزول) لما يئاه الآن يعترف الذي هو في يده أن المعزول سلمها إليه فيقبل قوله  
 فيها) لأنه ثبت بإقراره أن اليد كانت للقاضي فيدفع إقراره للقاضي كأنه في يده في الحال إلا أن يبدد بالقرار  
 لغيره ثم أقر بتسليم القاضي فيسلم ما في يده إلى المقر له الأول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضي بإقراره  
 الثاني ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي  
 فينادى عليه وصفته أن يأمر كل يوم إذا جلس منادياً بنادى في محلته من كان يطلب فلان بن فلان  
 المحبوس بحق فليات إلى القاضي يفعل ذلك أياً ما فاذ احضر وادعى وهو على جوده ابتداء الحكم بينهما  
 وإن لم يحضر أخذ منه كفيلاً بنفسه أو لعله محبوس بحق لغائب وأما ربه أنه في حبس قاضٍ والظاهر أنه  
 بحق فإن قال لا كفيلاً وأبى أن يعطى كفيلاً وجب أن يحتاطوا آخر من الاحتياط فينادى شهرته أن  
 لم يحضر أحد أطبقه وقبل أخذ الكفيل فتأقوله ما أعلى قول أبي حنيفة فلا كفاً قال في أصحاب الميراث  
 إذا قسموا على ماسياتي واختار أن أخذ الكفيل هنا اتفاق والفرق لأبي حنيفة أن المال ظاهر الحق  
 لهذا الوارث وفي ثبوت وارث آخر شئ فلا يجوز تأخير حقه إلى زمان حصول الكفيل لاهر موهوم وفتنا  
 الظاهر أن حبه بحق الظاهر أن فعل القاضي بحق ولكنه مجهول فليس أخذ الكفيل لموهوم ولو قبل  
 فيالنظر إلى هذا الظاهر يجب أن لا يطلق بقوله أني مظلوم حتى تمضي مدة يطلق فيها مدعى الاعسار كان  
 جيداً (قوله وينظر في الودائع وارتفاع الرقوف) السكينة تحت أيدي أمناء القاضي والذي في ديارنا  
 من هذا أن أموال الأوقاف تحت أيدي جماعة يولهم القاضي النظر أو المباشرة فيها وودائع اليتامى تحت  
 يد الذي يسمى أمين الحكم (فيعمل) فيها (على) حسب (ما تقوم به البيئة) أنه لفلان أو غير ذلك  
 (أو يعترف) الذي هو في يده (ولا يتقبل قول المعزول) على من هو في يده إذا أنكروا قال في البيئنة  
 (لما يئاه) أنه الحق بواحد من الرعايا بخلاف القاضي لأنه هو المخصص بان يتكفي بقوله في الأزام  
 حتى أن الخليفة الذي قلده القاضي لو أخبر القاضي أنه شهد عنده الشهود بذلك لا يقضى به حتى يشهد  
 عنده الخليفة مع آخر والواحد لا يقبل قوله (الأن يعترف الذي في يده أن) القاضي (المعزول سلمها إليه)

القاضي) والمطالع أن  
 هذه المسئلة على خمسة أوجه  
 وذلك لأن من يبدد المال  
 إما أن يشرب بشئ مما أقر به  
 المعزول أو يبيد كله فإن  
 كان شئاً فالقول قوله ولا  
 يجب بقول المعزول عليه  
 شئ وإن كان الأول فإما أن  
 يسأل دفعه القاضي إلى  
 وهو لفلان بن فلان من أقر  
 له القاضي وهو المذكور في  
 الكتاب أو لا تعليل وإما أن  
 يقبل دفعه القاضي إلى  
 ولا أدري لمن هو وحكمه  
 حكم المذكور في الكتاب  
 والتعليل التعليل وإما أن  
 يقبل دفعه إلى القاضي  
 المعزول وهو لفلان بن فلان  
 أقوله القاضي وحكمه ما تقدم  
 لا لمأبداً بأدفع من القاضي  
 فتدأقر باليد فصار كأن  
 المال في يده لما مر ثم أقر أنه

لعلان وهو لا يصح وإما أن يقول هو لفلان بن فلان من أقر له القاضي ودفعه إلى القاضي وهو المذكور في الكتاب آخر  
 وحكمه أن المال يسلم إلى المقر له الأول والسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي إن كان مثلاً  
 وقيمته إن كان قيمياً وهذا إن إقراره الأول لما صح وجب تسليم المال إلى المقر له وإذا قال بعد ذلك دفعه إلى القاضي وهو يقول لفلان آخر  
 فقد أقر أنه اليد كانت للقاضي وإقراره لغيره من أقر له القاضي أئلف المال على من أقر له القاضي فكان ضامناً للمثل أو القيمة كذا نقل  
 صاحب النهاية وغيره عن الصدر الأشهد وغيره وفيه نظر لأن الإقرار الأول إما أن يبطل ما بعده أولاً وعلى كل واحد من التقديرين يلزم  
 التسوية بين ما بدأ باليد بالدفع من القاضي وبين ما بدأ بالإقرار لغيره لشمول الضمان أو لشمول العدم ولم أر أحداً ذكر الضمان للمقر له

قوله (أن استحق لغائب ثابت بيقين) أقول أعلاق اليقين على ما ثبت نظراً إلى الظاهر ليس على الحقيقة فلا يحنى (قوله ثم يضمن  
 قيمته للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له) أقول يعني ويسلم القيمة (قوله وهو المذكور في الكتاب أولاً) أقول فيه تأمل فإن  
 المذكور في الكتاب أولاً اختصاص له بما ذكره بل بعم الصورتين الأخيرتين أيضاً

(قوله وروي عن أبي حنيفة أنه قال والمسجد عطاء على الكلام السابق أقول يعني أنه قال والمسجد عطاء على الكلام السابق)



ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بها لئلا يخرج القاضى إليها  
أو إلى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينهما وبين خصمه كما إذا كانت المصومة في الدابة ولو جلس في  
داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها

(قوله ونجاسة المشرك)

بحواب عن دليل الشافعى

ونزيره نجاسة المشرك في

اعتقاده لا في ظاهره فإنه

ثبت أن النبي صلى الله عليه

وسلم كان ينزل الرفود في

المسجد (فلا يمنع من دخوله)

إذا لم يصب الأرض منه

شيء وإسائض تخبر بها لئلا

يخرج القاضى إليها إلى

باب المسجد أو يبعث القاضى

من يفصل بينهما وبين خصمه

كما إذا كانت المصومة في

الدابة) فإن قيل يجوز أن

تكون الحائض غير مسلمة

لا تعتقد حرمة الدخول في

المسجد فتخرج عن حالها قلنا

الكفار ليسوا بخطابين

بفروع الشرائع فلا بأس

بدخولها ولو جلس القاضى

في داره لا بأس بذلك) قال

الامام فخر الاسلام إذا كان

داره في وسط البلدة كما تقدم

في المسجد فاذا جلس فيها

يأذن للناس في الدخول

إليها لأن لكل أحد حق في

مجلسه

من ذلك قال كعب قد فعلت يا رسول الله قال قم فاقضه وأخرج الطبراني مسند إلى ابن عباس قال  
بينما رسول الله صلى الله عليه وسلم يحطيم يوم الجمعة إذا أتى رجل فخطى الناس حتى قرب إليه فقال  
يا رسول الله أقم على المسجد فقال اجلس بخلص ثم قام الثانية فقال يا رسول الله أقم على المسجد فقال اجلس  
فجاء ثم قام الثالثة فقال يا رسول الله أقم على المسجد وما حدثك قال أتيت امرأته ما أقال صلى الله  
عليه وسلم علي وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضي الله عنهم انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن  
تزوج فقيس يا رسول الله ألا تجد التي خبت بهم أقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم من صاحبك قال  
فلا تفتد عاهاتهم أقال يا رسول الله كذب علي والله أنى لأعرفه فقال صلى الله عليه وسلم من  
شاهدك فقال يا رسول الله ما لي شاهد فأمر به فجلد حد الفرية ثمانين جلدة وأما ان الخلفاء الراشدين  
كانوا يجلسون في المساجد لفصل المصومات فنقل بالمعنى بعض وقع منهم هذا ولا يكاد يشك في أن عمر  
وعثمان رضي الله عنهما وقع لهما ذلك ومن تتبع السير رأى من ذلك شيئاً كثيراً في البخاري لا عن عمر عند  
متبرر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأسد الامام أبو بكر الرازي إلى الحسن أنه رأى عثمان يرضى في المسجد  
وذكر القصة في ذلك فاقبل أنه غريب مبنى على أن المراد رواية هذا اللفظ وليس كذلك وفي الطبقات  
لابن سعد بسنده إلى أربعة بن أبي عبد الرحمن أنه رأى أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم يقضى في المسجد  
عند القبر وكان على القضاء بالمدينة في ولاية عمر بن عبد العزيز وأسد إلى سعيد بن مسلم بن بابك قال  
رأيت سعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يقضى في المسجد وكان قد ولي قضاء المدينة وإلى محمد  
ابن عمر قال لما ولي أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم امرأة المدينة لعمر بن عبد العزيز ولي أبا طولة  
القضاء فيها فكان يقضى في المسجد قال أبو طولة ثقة يروي عن أنس بن مالك وإلى اسمعيل بن أبي خالد  
قال رأيت شمر يحايقضى في المسجد وإلى الأسود بن شيبان قال رأيت الشعبي وهو يومئذ قاضى الكوفة  
يقضى في المسجد وكل قضاء صدر من هؤلاء كان بين السلف مشهوراً وفيهم الصحابة والتابعون ولم يرو  
انكاره عن أحد وأما الحديث الذي ذكره المصنف انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم فلم يعرف وإنما  
أخرج مسلم حديث الأعرابي الذي قام يقول في المسجد فقال أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم معه  
فقال صلى الله عليه وسلم لا تروموا دعوه فتر كوه حتى بال ثم دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إن  
هذه المساجد لتصلح لشيء من هذا البول والغدر وانما هي لذكر الله تعالى والصلاة وقرائة القرآن قال  
وأمر رجال من القوم فدعاهم لوم ما فشنه عليه وأما نجاسة المشرك في الاعتقاد على معنى التشبيه  
(والحائض تخبر بها لئلا يخرج القاضى إليها القاضى) أبو رسل نائمه (كألو كانت الدعوى في دابة ولو جلس  
في داره فحسن به) شرط (أن يأذن للناس) على العموم ولا يمنع أحد من الناس لأن لكل أحد حقاً  
في مجلسه وعلى قياس ما ذكرنا في المسجد أن يكون في وسط البلد وفي المبسوط ولا يقضى  
وهو عشي أو يسير على دابته لأنه إذا ذلك غير معتدل الحال ولما فيه من الاستخفاف بالقضاء ولأنه مشغول  
بما هو فيه ولا بأس بأن يشكى لأنه نوع جلسة كالتربع وغيره وطباع الناس في الجلوس مختلفة وينبغي  
أن لا يقضى وهو غضبان أو فرحان أو جائع أو عطشان أو مهووم أو ناعس أو في حال برد شديد أو حر أو وهو  
يدافع الأخبثين أو بحاجة إلى الجماع والحاصل أنه لا يقضى حال شغل قلبه وأصل حديث لا يقضى  
القاضى وهو غضبان معارض به ولا ينبغي أن يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس ولا يسمع من رجل  
يحتج بما ذكرنا لأن يكون الناس قلوباً لا يقدرون على الإجابة الآخرة ولا يضرب في المسجد حداً ولا

(ويجلس معه من كان يجلس معه أو كان في المسجد) حتى يكون أبعد من التهمة (اذن الجالس وحده تهمة) الظلم وأخذ الرشوة قال (ولا يقبل هدية الامن ذى رحم محرم منه الخ) الحاكم لا يقبل الهدية الامن ذى رحم محرم له أو من جرت عادته بالجهاد ان قبل القضاء أما الله لا يقبل الهدية فلا ثم من جواب القضاء اذ لم يكن على صفة المستثنى وهو حرام والاصل في ذلك ما روى البخاري باسناده الى عروة بن الزبير عن أبي جريد الساعدى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا من الازديقال له ابن الانبىة على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدي لى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فها لجلس في بيت أبيه أو بيت أمه (٤٦٧) فينظر أي هدى له أم لا واستعمل

عمر بنى الله عنه أباه مرة رضى الله عنه فقدم بمال فقال من أين لك هذا فقال تنسجت الخيل وتلاحقت الهدايا فقال أى عدو الله هلاقت في بيتك فتعذر أي هدى اليك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال فعرفنا ان قبول الهدية من الرشوة اذا كان بهذه الصفة وأما القبول من ذى رحم محرم ولا خصوصية له فانه من جواب القرابة وهو مندوب الى صلة الرحم وفي الرد معنى القلبية وهو حرام ولفظ الكتاب أعم من أن يكون بينهم مامهادة قبل القضاء وأن لا يكون وعبرة النهاية تدل على ان المهاداة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالأجنبي وأما القبول من جرت عادته قبل القضاء بمهاداته ولم يزد فانه ليس بأكل على القضاء بل هو جري على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصوصية والحاصل ان المهدي للقاضي اما أن يكون ذا خصوصية أولا والاو لا يجوز قبول هديته مطلقا

ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جالوسه وحده تهمة قال ( ولا يقبل هدية الامن ذى رحم محرم أو من جرت عادته قبل القضاء بمهاداته ) لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك يصير آلا بقضائه حتى لو كانت القرية بخصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصوصية لانه لا جمل القضاء فيهما

تعزيرا (و) ينبغي أن يجلس معه من كان يجالس قبل ذلك لان في جالوسه وحده تهمة ( الرشوة أو الظلم وروى أن عثمان رضى الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربع من الصحابة ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم وكان أبو بكر يحضر عمرو وعثمان وعليه حتى قال أجد يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشك عليه وفي المبسوط فان دخله حصر في قعودهم عنده أو شغله عن شئ من أمور المسلمين جلس وحده فان طباع الناس تختلف فتنهم من يمنعه حشمة الفقهاء من فصل القضاء ومنهم من يزداد قوة على ذلك فاذا كان ممن يدخله حصر جلس وحده وفي المبسوط ما حاصله انه ينبغي للقاضي أن يعتذر للقضى عليه وبين له وجه قضائه وبين له انه فهم حخته ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضى القضاء عليه فلم يمكن غير ما يكون ذلك أدفع لشكاية الناس ونسبته الى انه جار عليه ومن يسمع يخل فرعا تفسد العامة غرضه وهو يرى موادا يمكن اقامة الحق مع عدم اغفار الصدور كان أولى (قوله ولا يقبل الهدية) الحاصل أن المهدي اما له خصوصية أولا فان كانت لا يقبل منه وان كان له عادة بمهاداته أو ذارحم محرم وان لم يكن خصوصية فان لم يكن له عادة بذلك قبل القضاء بسبب قرابة أو صداقة لا ينبغي أن يقبل وان كان له عادة بذلك جاز بشرط أن لا يزيد على المقدار المعتاد قبل القضاء فان زاد لا يقبل الزيادة وقد كفر الاسلام لأن يكون مال المهدي قد زاد فبقدر ما زاد ماله اذا زاد في الهدية لأبأس بقبولها وهذا يقتضى أن لا يقبل الهدية من القريب الا اذا كان له عادة بالمهاداة كغيره فان لم يكن للقريب قبل القضاء عادة فأهدى بعد القضاء لا يقبل وعبرة الهدية مع القدوري حيث قال ولا يقبل الهدية الامن ذى رحم محرم أو من جرت عادته قبل القضاء تفيد قبولها من القريب الذي ليس له عادة بالمهاداة قبل اذ لم تكن خصوصية والوجه هو ظاهر النهاية ثم صرح في مسألة الدعوة عن شيخ الاسلام بأنه لا فرق بين القريب والبعيد في أنه لا يقبل هديته الا اذا كان له عادة نعم يمكن أن يقال في القريب الذي ليس له عادة بمهاداة قبل القضاء ان كان ذلك لفقر ثم أيسر بعد ذلك بعد ولا يقر بيه فصار يهدي اليه جاز لان الظاهر ان المانع ما كان الا الفقر وهذا على شبه قول فخر الاسلام في الزيادة اذا كثر ماله ثم اذا أخذ الهدية في موضع لا يباح أخذها قيل يضعها في بيت المال لانها بسبب عملها لهم وعامتهم على أنه يرد على أربابهم ان عرفهم واليه أشار في السير الكبير وان لم يعرفهم أو كانوا بعد احتي تعذر الردف في بيت المال ويكون حكمها حكم اللقطة فان جاء المالك يوما يعطاها وكل عن عمل للمسلمين عملا حكمه في الهدية حكم القاضي وفي شرح الاقطع الفرق بين الرشوة والهدية ان الرشوة يعطيه بشرط

أي سواء كان قريبا أو مهادا قبل القضاء أو لم يكن والثاني اما أن يكون قريبا أو من جرت له العادة بذلك أولا والثاني كذلك لانه أكل بالقضاء فيجاءه والاو لا يجوز قبوله ان لم يزد من له العادة على المعتاد وقال الامام فخر الاسلام ان زاد على المعتاد عند ما زاد مالا بقدر ما زاد في المال لأبأس بقبوله ثم ان أخذ القاضي ماله له أخذه ما اذا يصنع به اختلاف المشايخ فبعضهم قالوا يضع في بيت المال وعامتهم قالوا يرد على أربابهم ان عرفهم واليه أشار في السير الكبير وان لم يعرفهم أو يعرفهم الا ان الرديت عند ربه بضعها في بيت المال وحكمه حكم اللقطة وانما يضعها في بيت المال لانه انما أهدي اليه لعله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم

(ولا يحضر القاضي دعوة إلا أن تكون عامة) قبل وهي ما تكون فوق العشرة وما دونه خاصة وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة وذكر المصنف (٤٦٨) أن الدعوة الخاصة هي ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها وهو اختيار

ولا يحضر دعوة إلا أن تكون عامة لأن الخاصة لأجل القضاء فيتمهم بالإجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قوله ما وعن محمد رحمه الله أنه يجيبه وإن كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها (قوله) ويشهد الجنائز ويعود المريض (لأن ذلك من حقوق المسكين) قال عليه الصلاة والسلام على المسلم ستة حقوق وعدتها هذين

أنت بعيتك والهدية لا شرط معها انتهى والأصل في ذلك ما في البخاري عن أبي حميد الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الأزدية قال له إن التهمة على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا لي قال عليه الصلاة والسلام هذا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهم يهدي له أم لا قال عمر بن عبد العزيز كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ذكره البخاري واستعمل عمر رضي الله عنه أباه مرة فقدم على فقال له من أين لك هذا قال تلاحت الهدايا فقال له عمر رضي الله عنه أي عدو الله هلا فعدت في بيتك فتعطي أم يهدي لك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية ولهذا الزاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة كرمه عندنا وعند الشافعي هو محرم كالرشوة هذا ويجب أن يكون هدية المستقرض المقرض كالهدية للقاضي إن كان المستقرض له عادة قبل استقرضه فأهدى إلى المقرض فلا مقرض أن يقبل منه فدوما كان يهديه بلا زيادة (قوله) ولا يحضر دعوة إلا إذا كانت عامة (يعني ولا خصوصته) صاحب الولاية العامة (ويدخل في هذا الجواب قريبه) فلا يجيب دعوته إلا إذا كانت عامة ولا خصوصته (وعن محمد يجيب قريبه وإن كانت خاصة) هكذا حكى الخلاف الطحاوي وقال المصنف يجب الخاصة أقرب به بخلاف أصله الرحم وعلى تقدير الخلاف طولب بالفرق في القريب بين الهدية قال يقبل منه مطلقا ولم يفصل بين جرى العادة وغيره وفي الدعوة فصل بين العامة والخاصة كما ذكر في المتن قال شيخ الإسلام قالوا ما ذكر في الضيافة محمول على ما إذا كان المحرم لم يجر بينهما الدعوة والمهاداة وصلة القرابة وأحدث بعد القضاء ذلك فإذا كانت الحالة هذه فهو والاجبي سواء وما في الهدية محمول على أنه كان جرى بينهما المهاداة وصلة القرابة قبل القضاء فإذا أهدى بعد القضاء لأبأس بقبوله انتهى فقد آل الحال إلى أنه لا فرق بين القريب والغريب في الهدية والضيافة سوى ذلك إلا مكان الذي قدمناه واختلف في الخاصة والعامة فقيل ما دون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة وقال المصنف (الخاصة) هي (التي لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها) والعامة هي التي يتخذها حضرها القاضي أولا وعندى أن ما حكى عن القاضي أبي علي السني وهو أن العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة حسن فإن الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين وربما مضى عمر ولم يعرف من اصطلاح طعنا عاما ابتداء لعامة الناس بل ليس الإلهاتين الخاصتين أو مخصوص من الناس ولأنه أضبط فإن معرفة كون الرجل لم يحضر القاضي لم يصنع أو يصنع غير محقق فإنه أمر مبطن وإن كان عليه لوائح ليس كضبطه فإنه يمكن عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكر السني والله أعلم وعند الشافعي وأحمد يحضر الولاة مطلقا لأنه صلى الله عليه وسلم كان يحضر وهو الذي كان يقضي قلنا كان صلى الله عليه وسلم معلوم العصمة عند الكل لا يحضر حضور ولا قبول هدية فلقد أبعدت (قوله) ويشهد الجنائز ويعود المريض (المراد مرض لا خصوصته) واللا يعوده وأما وجب ذلك لما روى مسلم عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حق المسلم على المسلم خمس رد السلام وتسميت العاطس وإجابة الدعوة وعبادة المريض واتباع الجنائز وإذا استعصمك فأنصحه له فهذه هي السادسة ورواه ابن حبان وقال فيه وإذا

شمس الأتمة السرخسي رحمه الله وأطلق لفظ الدعوة لا يفصل بين القريب وغيره وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله أنه يجيب دعوة القريب وإن كانت خاصة كالهدية وقيل في الفرق لهما بين الضيافة والهدية حيث يجوز قبول هدية ذي الرحم المحرم ولم يجوز حضور دعوته إن ما قالوا في الضيافة محمول على قريب لم يكن بينهما مهاداة ولا مهاداة قبل القضاء وأما أحدث بعده وما ذكرنا في الهدية محمول على ما إذا كان بينهما مهاداة قبل القضاء صلة للرحم وذكر صدر الإسلام أبو اليسر إذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي أن لا يجيب القاضي دعوته وإن كانت عامة لأنه يؤدي إلى إيذاء الخصم الآخر أو إلى التهمة قال (ويشهد الجنائز ويعود المريض الخ) الحاكم يشهد الجنائز ويعود المريض لأن ذلك من حقوق المسلم قال صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق روى أبو أيوب رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمسلم على المسلم ست خصال واجبة

ان ترك شيئا منها فقد ترك حقا واجبا عليه إذا دعاه أن يجيبه وإذا أمره أن يعود وإذا مات أن يحضره وإذا القبه أن يسلم عليه وإذا استعصمك أن ينصحه وإذا عطس أن يتبىء الغافلين

(ولا يضيف أحد الخصمين لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك) روى عن علي رضي الله عنه أنه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نضيف الخصم إلا أن يكون خصمه معه (ولان الصيافة والخلوة تورث التهمة) قال (واذا حضر اسوى بينهما الخ) اذا حضر الخصمان بين يدي القاضى فان كان أحدهما من ولده والاخر فقيرا أو كانا أباء وابنا (٤٦٩) . يسوى بينهما فى المجلس فيجلسان

بين يديه على الارض لانه لو  
أجلسهما فى جانب واحد  
كان أحدهما أقرب الى  
القاضى فتفتوت التسوية  
ولو أجلس أحدهما عن يمينه  
والاخر عن يساره فكذلك  
افضل لليمين وان خادهم  
رجل السلطان الى القاضى  
فجلس السلطان مع القاضى  
فى مجلسه والخصم على  
الارض يقوم القاضى من  
مكانه ويجلس الخصم فيه  
ويقعد على الارض ثم  
يقضى بينهما ما كى لا يكون  
مفضلا لأحد الخصمين على  
الاخر وفيه دليل على  
أن القاضى يجوز له أن يحكم  
على من ولده وكذلك يسوى  
بينهما فى الاقبال وهـ  
التوجه والنظر والاصل  
فيه قوله صلى الله عليه وسلم  
اذا ابتلى أحدكم بالقضاء  
فليسو بينهما فى المجلس  
والاشارة والنظر قال (ولا  
يسارا أحدهما ولا يسيرا  
اليه) لا يكلم القاضى أحد  
الخصمين سرا ولا يشير اليه  
لا يديه ولا برأسه ولا بجاحجه  
(ولا يلقنه حجة ولا يضحك  
فى وجهه لان فى ذلك كاه  
تهمة) وعليه الاحتراز عنها  
(ولان فيه كسر القلب  
الاخر فيتمتجه عن طلب

(ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) لان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال  
(واذا حضر اسوى بينهما فى المجلس والاقبال) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا ابتلى أحدكم  
بالقضاء فليسو بينهما فى المجلس والاشارة والنظر (ولا يسارا أحدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة) للتهمة  
ولان فيه مكسرة للقلب الاخر فيترك حقه (ولا يضحك فى وجهه أحدهما) لانه يجترئ على خصمه  
(ولا يمازحهم ولا واحد منهم) لانه يذهب بهما بالقضاء

عطس فحمد الله يشتمه وروى البخارى فى كتابه المفسر فى الادب من حديث عبد الرحمن بن زياد بن أنعم  
الافريقى قال كنا غزاة فى البحر زمن معاوية فانضمم مركبنا الى مركب أبى أيوب الأنصارى فلما  
حضر غداؤنا أرسلنا اليه فأتانا وقال دعوتوني وأنا صائم فلم يكن لي بد من أن أحجبكم لاني سمعت رسول  
الله صلى الله عليه وسلم يقول ان المسلم على أخيه ست خصال واجبة ان ترك شيأ منها فقد ترك حقاً واجباً  
عليه لأخيه يسلم عليه اذا لقيه ويحجبه اذا دعاه ويشتمه اذا عطس ويعوده اذا مرض ويحضره اذا  
مات وينصحه اذا استنصحه ولا يدمر حبل الوجوب فيه على الأعم من الوجوب فى اصطلاح الفقه  
الحادث فان ظاهره وجوب الابتداء بالسلام وكون الوجوب وجوب عين فى الجنازة فالمراد به أمر  
نابت عليه أعم من كونه ندباً أو وجوباً بالاصطلاح (قوله ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه)  
الاخر لما روى اسحق بن راهويه فى مسنده عن الحسن قال جاء رجل فنزل على علي رضي الله عنه  
فأضافه فلما قال انى أريد أن أخاصم قال له على رضي الله عنه تحول فان النبى صلى الله عليه وسلم نهانا أن  
نضيف الخصم الا ومع خصمه وكذا رواه عبد الرزاق ثم الدارقطنى (ولان فيه تهمة) الميل (قوله  
واذا حضر اسوى بينهما فى المجلس والاقبال) لما روى اسحق بن راهويه فى مسنده أخبرنا بقية بن  
الوليد عن اسمعيل بن عياش حدثني أبو بكر التميمي عن عطاء بن يسار عن أم سلمة قالت قال رسول  
الله صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليسو بينهما فى المجلس والاشارة والنظر ولا  
يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الاخر وأخرجه الدارقطنى فى سننه عن عباد بن كثير عن  
عبد الله عن عطاء بن يسار عن أم سلمة عن النبى صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل  
بينهم فى لفظه وشارته ومقعدته وروى عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى أبى موسى عبد الله بن قيس  
الشعمري أن أس بين الناس فى وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف فى حيفك ولا يأس  
ضعيف من عدلك (ولا يسارا أحدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة للقلب الاخر  
فيترك حقه ولا يضحك فى وجهه أحدهما لانه يجترئ بذلك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحد منهم لانه  
يذهب بهما بالقضاء) والمستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه ولا يجلس واحدا عن يمينه  
والاخر عن يساره لان لليمين فضلا ولذا كان صلى الله عليه وسلم يخص به أبابكر دون عمر وفى أبى داود أن  
عبد الله بن الزبير خاصمه عمرو بن الزبير الى سعيد بن العاص وهو على السرير قد أجلس عمرو بن الزبير  
على السرير فلما جاء عبد الله بن الزبير وسع له سعيد من شقه الاخر فقال هنا فقال عبد الله الارض  
الارض قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم أو قال سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجلس الخصمان  
بين يدي القاضى وفى النوازل والفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضى  
فى مجلسه ينبغى للقاضى أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضى

حقه فتركه) وفيه اجترأ من فعل به ذلك على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحد منهم لانه يذهب بهما بالقضاء) وينبغى أن يقيم بين يديه رجلا  
يمنع الناس عن التقدم بين يديه فى غير وقته ويمنعهم عن اساءة الادب ويقال له صاحب المجلس والشرط والعريف والجلال ومن الجلوة  
وهى المنع ويكون معه سوط يجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضى ويمنع من رفع الصوت فى المجلس

قال (ويكره تلقين الشاهد الخ) تلقين الشاهد وهو أن يقول القاضي ما يستفيد به الشاهد علما بما يتحقق بالشهادة مثل أن يقول أئشهد بكذا وكذا مكرره لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع التهمة لان القضاء مشرع لاهياء حقوق الناس وقد يحصر الشاهد عن البيان لمهابة مجلس القاضي فكان في التلقين احياء لادعوى عزلة الاشخاص والتكفيل وأما في موضع التهمة مثل ان ادعى المدعى ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة وشهد الشاهدان بالالف فالقاضي ان قال يحتمل أنه أبرأ من الخمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق وتأخير قول أبي يوسف يشير الى اختيار المصنف رحمه الله والاشخاص هو ارسال الراجل لاحضار الخصم

(قوله تلقين الشاهد الى قوله مكرره لانه اعانة الخ) أقول تلقين الشاهد مبتدأ وقوله مكرره خبره

قال (ويكره تلقين الشاهد) ومعناه أن يقول له أئشهد بكذا وكذا وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بعزلة الاشخاص والتكفيل

بينهما وبم هذه المسئلة يظهر أن القاضي يصلح قاضيا على السلطان الذي ولاه والدليل عليه قصة شريح مع علي فانه قام فأجلس عليا رضى الله عنه بمجلسه ونبغى للخصمين أن يجثوا بين يديه ولا يترعان ولا يبعين ولو فعل ذلك منعهما القاضي تعظيما للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له فيكون بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحو ذلك من غير أن يرفعأصواتهما أو يسند القاضي ظهره الى الخراب وهذا رسم زماننا فالواو هو أحسن لانه موافق لفعله صلى الله عليه وسلم أما في زمن الخصاص وغيره فكان القاضي يجلس مستقبل القبلة وهو مستحب عند الأئمة الثلاثة ويقف أعوان القاضي بين يديه ليكون أهيب وإذا حضروا فالقاضي بالخيار ان شاء ابتداء فقال مالكوا ان شاعركم ما حتى يتدثاها بالطق وبغض القضاء يختار السكوت ولا يكلمهما بشيء غير ما بينهما فإذا تكلم المدعى أسكت الآخر حتى يفهم حجة لان في تكلمهما معاشعا وقلة حشمة لمجلس القضاء ثم يستنطق الآخر وان لم يسأل المدعى ذلك وقيل لا إلا بعد سؤال المدعى بأن يقول أسأله لكي يتفكر في الدعوى لتظهر له حجة والافال قم فصح دعوائك وإذا حجت الدعوى يقول فذا ترد أن أصنع فان قال أريد جوابه سأله والاصح عندنا أنه يستنطقه ابتداء العلم بالمقصود وإذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلا بد من تقديم من معهن واختار محمد أن يقدم الدعوى الاول فالاول ويضع على ذلك أمينا لا يرتضى يعترفه السابق وليبكر على باب القاضي ولا يكون عنده طمع ولو أشكل السابق يقرع بينهم ولا يستعمل على الخصوم بل يتمل معهم فان بالهجة تنقطع الحجة ويذهل عنها ولهذا لا يخوفهم فيكون مهيبا لا يخافه الناس وأنكر الأئمة ما رواه من أخذ نواب القاضي شيئا يمكنه من الدخول وهو يعلم قالوا هذا فساد عظيم ليس لاحد أن يمنع أحد من التقدم الى باب القاضي في حاجة والمأخوذ على ذلك رشوة محرمة وعلى هذا يقاس حال الذي يسمى في زماننا ققيب القاضي قيل وينبغي أن يقوم بين يديه إذا جلس للحكم رجل يجمع الناس من التقدم اليه معه سوط يقال له الجلاوز وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهد يقرب من القاضي واعلم أن القيام بين يدي القاضي للخصومة لم يكن معروفا بل أن يجلس معا على ما ذكرنا فهذه أوضاع من المحدثات لما فيه من الحاجة اليه وعن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان إذا سافر استحب رجلا من الأدب فقبل له في ذلك فقال أما علمت ان الشر بالشر يدفع والمقصود ان الناس مختلفوا الاحوال والادب وقد حدث في هذا الزمان أمور وسفها فيجعل عقضى الحال مراد به الخير لا حشمة النفس المؤدى الى العجب والاحول ولا قوة الا بالله ويستحب أن يكون فيه عسة بلا عصب وان يلزم التواضع من غير وهن ولا ضعف ولا يترك شيئا من الحق ويتخذ كتابا أميناً لا يكتب الحاضر والسجلات عارفا بها كي لا يقع السجل فاسدا بالاخلال ببعض الشروط كما هو مذكور في كتاب السجلات والحاضر وبقعه حيث يرى ما يكتب ويكتب خصومة كل منهم ما وشهادة شهوده ما في حقيقة وهي المحضر في عرف الفقهاء بخلاف عرف العادة اليوم عصر (قوله ويكره تلقين الشاهد) وهو أن يقول له القاضي كلاما يستفيد به الشاهد علما عليه الأئمة الثلاثة وعن أبي يوسف وهو وجه الشافعي لأبأس به لمن استولت له الحيرة أو الهيبة فترك شيئا من شرائط الشهادة فيعينه بقوله أئشهد بكذا وكذا بشرط كونه (في غير موضع التهمة) أما فيما بان ادعى المدعى ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بالف فيقول القاضي يحتمل أنه أبرأ من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علما فوفق في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق كما في تلقين أحد الخصمين وفي المبسوط ما قاله عزبة لان القاضي



فصل في الحبس

منه عن اكتساب ما يجزئ به تهمة الميل وتلقين الشاهد لا يتحققه وقول أبي يوسف رخصة فانه لما ابتلى بالقضاء شاهد داخل حصر عند أداء الشهادة لان مجلس القضاء ههنا فيضيع الحق اذالم يعنه على أداء الشهادة ويحصر مضارع حصر من باب علم اذا امتنع عليه وضاق صدره به وتقدمت هذه المظنة في كتاب الصلاة وايضا امر باكرام الشهود فان الله يحى بهم الحقوق وهذا التلقين اعانة واكرام حيث لا ينسب اليه التصور وقوله بمنزلة الاشخاص هو ارسال شخص لباقي خصمه يقال شخص من بلد الى بلد اذا ذهب من حدم منع قيل وتأخير قول أبي يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على انه مختار المصنف وهذا بناء على ان قوله استحسنة معناه له دليل الاستحسان الاصطلاحي وقد لا يلزم ويكفي كونه آخر دليله في ذلك وفي فتاوى قاضيه ان لا ينبغي للقاضي أن يبيع ويشترى بنفسه بل يفوض ذلك الى غيره وبه قالت الائمة الثلاثة وعن أحمد يتخذ وكيله لا يعرف انه وكيل القاضي فخر زاعن الحجابة بشرط شريح على عر حين ولانه لا يبيع ولا يشتري ولا أرشي وقال بعض أشيخ المالكية ينبغي للقاضي أن يرتفع عن طلب العواري من الماعون والداية وما أشبه ذلك وعن محمد لا بأس أن يبيع ويشترى في غير مجلس القضاء وينبغي للصوم اذا وصلوا أن لا يسلموا على القاضي فاذا سلموا لا يجب على القاضي رد سلامهم فان رد يقتصر على قوله وعليكم ويخرج في أحسن نياته والله الموفق

فصل في الحبس أحكام القضاء كثيرة فذكر منها ما ذكر ومنها الحبس الا أنه اختص بأحكام كثيرة فأفردت بفصل على حدته والحبس مشروع بالكتاب لانه المراد بالنفي المذكور بقوله تعالى أو ينقوا من الأرض وبالسنة على ما سلف أنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة وذكر الخصاص ان ناسا من أهل الحجاز اقتتلوا فقتلوا بينهم قتلة لا يبعث اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حبسهم ولم يكن في عهده صلى الله عليه وسلم وأبي بكر سجن انما كان يحبس في المسجد أو الدهليز حتى يشتري عر رضى الله عنه دارا بمكة بأربعة آلاف درهم واتخذ محبسا وقيل بل لم يكن في زمن عمر ولا عثمان أيضا الى زمن علي رضى الله عنه فبناه وهو أول سجن بني في الاسلام قال في الفائق ان عليا بنى سجنان من قصب فسماهما نافعا فنقبه اللصوص وتسبب الناس منه ثم بنى سجنان من مدر فسماهما مخيسا وفي ذلك يقول علي رضى الله عنه الاتاني كيسا مكيسا \* بنيت بعد نافع مخيسا \* بابا حصينا وأميننا كيسا

والحبس موضوع التخييس وهو التذليل والكيس حسن الثاني في الامور والمكيس المنسوب الى الكيس وأراد بالأمين السجن الذي نصبه فيه والمحبوس في الدين لا يخرج لصوم رمضان ولا لعيد ولا لجمعة ولا لاصلاة جماعة ولا لحج فريضة ولا لحضور جنازة بعض أهله ولو أعطى كفيلة بنفسه لانه شرع ليضجر قلبه فيسارع للقضاء ولهذا قالوا ينبغي أن يكون موضعا خشنا ولا يسط له فراش ولا وطاء ولا يدخل له أحد يستأنس به وقيل يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والاجداد والجدات والاولاد وفي غيرهم لا وعليه الفتوى وفيه نظرا لانه باطل حق آدمي بلا موجب وموت الاب ونحوه غير مبطل بنفسه نعم اذالم يكن لهم يقوم بحقوق دفنه فعند ذلك وسئل محمد عما اذا مات والده أخرج فقال لا ولو مرض في السجن فأضناه ان كان له خادم لا يخرج حتى يموت وان لم يكن له خادم يخرج لانه قد يموت بسبب عدم المرض ولا يجوز أن يكون الدين مقضيا للتسبب في هلاكه ولو احتاج الى الجماع تدخل زوجته أو جارية فيطوؤها حيث لا يطلع عليه وقيل يمنع منه لان الجماع ليس من الخواص الاصلية ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه لاسلام عليه لانه قد يقضى الى المقصود من الايقاع بمشورتهم ورأيهم - يعنون من طول المكث والمال غير مقدري الحبس فيحبس في الدرهم ومادونه لان ظله يتحقق بغير ذلك

وهو مشروع بقوله تعالى أو ينقوا من الأرض فان المراد به الحبس وبالسنة وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة خلا أنه لم يكن في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم سجن وكان يحبس في المسجد أو الدهليز حيث أمكن ولما كان زمن علي رضى الله عنه أحدث السجن بناء من قصب وسماه نافعا فنقبه اللصوص فبنى سجنان من مدر فسماه مخيسا ولان القاضي نصب لا يصل الحقوق الى مستحقها فان امتنع المطالب من أداء حق الطالب لم يكن للقاضي بدم أن يجبره على الاداء ولا خلاف ان لا جبر بالضرب فيكون بالحبس أولى

فصل في الحبس

(قوله وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا الخ) أقول وقد مر ذلك من المصنف في أوائل كتاب الحدود (قوله فسماه مخيسا) أقول خيس تخيس الله فخييس بالخاء المعجمة قال في القاموس مخيس كعظم انتهى قال في النهاية المخيس بالكسر أى المسذل من التخييس وهو التذليل

وروى بفتح الباء وهو موضع التخييس وهو الذي اختاره في المقرب

قال (واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق غريمه الخ) اذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق غريمه فلا بد من ظهورها  
 بما ان ثبت بالافرار او بالينة فان كان الاول لم يحل بالحبس وامر بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها  
 واذا ثبت الحق باقراره لم ينكره كونه مما طلاق اول الامر لان من جحجه ان يقول ظنت انك تعلمني فلم يستصحب المال فان ائبت او فليت حقل  
 فان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مثله فيحبس وان كان الثاني حبسه كما سبق لظهور المماطلة بانكاره وروى عن شمس الاعمة السرخسي  
 رحمه الله عكس ذلك ووجهه ان الذين اذا ثبت بالينة كان له ان يعتذر ويقول ما علمت له ديني على فاذ اعلمت الا ان لا اشراف في قضاءه  
 ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الافرار والمال غير مقدور في حق الحبس يحبس في الدرهم ومادونه لان مانع ذلك ظالم فيجوز له  
 والمخبر من في الدين لا يخرج بحسب رمضان والفطر والاخصى والجمعة وصلاة مكتوبة ووجهة فريضة وحضور جنازة بعض أهله وموت  
 والده وولد اذا كان غنة من يكفنه وبغسله لان حقوق الميت تصير بمقامه بغيره وفي الخرج تقويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن  
 ذلك لانه لم يقيم بحق الوالدين (٤٧٣) وليس في هذا القدر من الخروج كغيره من الطلاب وان مرض له

قال (واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق غريمه لم يحل بحبسه وامره بدفع  
 ما عليه) لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه  
 مما طلاق اول الوهلة فلهذا طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهوره عليه  
 اما اذا ثبت بالينة حبسه كما ثبت لظهور الماطل بانكاره قال (فان امتنع حبسه في كل دين لم يمتنع  
 بدلا عن مال حصل في يده كمن المبيع أو التزيمه بعقد كالمهر والكفالة) لانه اذا حصل المال في يده  
 ثبت غناؤه واقدمه على التزامه باختياره دليل بساره اذ هو لا يلتزم الا بما يقدر على أدائه والمراد بالمهر  
 معجله دون مؤجله

خادم لا يخرج لانه شرع  
 لا يجبر قلبه فيتسارع  
 الى قضاء الدين وبالمريض  
 يزاد النجس وان لم يكن  
 له خادم أخرجه لانه اذا  
 لم يكن له من عرضه ربحا  
 يموت بسببه وهو ليس  
 بمتحق عليه ولا يحتاج  
 الى الجماع دخلت عليه  
 زوجته أو جاريته  
 فيبطل حدها حيث لا يطلع  
 عليه أحد لانه غير ممنوع  
 عن قضاء شهوة البطن  
 فكذا شهوة الفرج  
 وقيل الزوط ليس من  
 أصول الخواص فيجوز ان  
 يمنع بخلاف الطعام ولا  
 يمنع من دخول أهله  
 وجيرانه عليه ليشاورهم  
 في قضاء الدين ويمنعون من  
 طول المكث عنده قال

(قوله واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحبه حبسه غريمه لم يحل بحبسه حتى يأمره بدفع  
 ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة) بقوله صلى الله عليه وسلم الى الواحد يحل عرضه وعقوبته رواه أبو داود  
 وفسر عبد الله بن المبارك احلال عرضه باغلاط القول له وعقوبته بالحبس (فلا بد من ظهور المماطلة) ولم  
 تظهر بمجرد ثبوت الحق بالافرار (اذ علمه طمع في الامهال فلم يستصحب المال) وانما يظهر اذا أمره بعد  
 اقراره فامتنع (اما اذا ظهر بالينة فيحبسه كما ظهر لظهور المماطلة بانكاره) وفي الفوائد الظهير به وعن  
 شمس الاعمة السرخسي عكس هذا وهو انه اذا ثبت بالينة لا يحبس لاول وهلة لانه يعتذر بان ما كنت  
 أعلم أن على دينه بخلافه بالافرار لانه كان عالما بالدين ولم يرضه حتى أحوج به الى شكواه وعلى قول  
 الخصاص لا يحبس حتى يأمره في الاقرار والينة (قوله فان امتنع) أي بعد أمره بقضائه (حبسه  
 في كل دين لم يمتنع بدلا عن مال حصل في يده) كمن القرض و (من المبيع أو التزيمه بعقد كالمهر والكفالة)  
 لانه اذا ثبت المال في يده ثبت غناؤه والمراد بالغنى القدرة على الايفاء والا فالدين قد يكون دون النصاب  
 ويحبس به يعني اذا دخل المال في يده ثبتت قدرته على ايفائه وما لم يكن يدل مال لكنه لم يمتنع عن عقد التزيمه  
 كالمهر والكفالة لان اقدامه على مباشرة ما يلزم ذلك المال دليل القدرة عليه فيحبسه ولا يسمع قوله اني

(فان امتنع حبسه في كل دين لم يمتنع بدلا الخ) فان امتنع الغريم عن اداعه عليه حبسه اذا طاب  
 الخضم ذلك كما هو ولا يسأله عن غناه وقتره فان ادعى الاعسار وانكره المدعي اختلف المشايخ في قبول دعواه فقال بعضهم كل دين لم يمتنع  
 بعقد كالمهر والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعي وقد ذكر القدوري هذا القول بقوله حبسه في كل دين لم يمتنع بدلا عن مال حصل في يده  
 كمن المبيع أو التزيمه بعقد كالمهر والكفالة واستدل المصنف على ذلك بقوله لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناؤه وزواله عن المكث  
 المحتمل والثابت لا يترك بالاحتمال وبقوله واقدمه على التزامه باختياره دليل بساره اذ هو لا يلتزم الا بما يقدر على أدائه وهذا هو  
 النسوية بين ما كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن ويخرج عنه ما لم يكن ديناً مطلقاً كالنفقة وغيرها كما سئذ كره والمراد بالمهر معجله دون  
 مؤجله لان العادة جرت بتسليم المجل فكان اقدامه على النكاح دليلاً على قدرته

(قوله فقال بعضهم كل دين لم يمتنع بعقد الخ) أقول العقد قول يكون له حكم المستقبل فلا عقد في صورة التعاطي فلهذا قابل القسدر في  
 ما التزيمه بعقد غريمه بدلا عن مال فتأمل

قال القدوري (ولا يجنبه فيما سوى ذلك) يعني ضمان الغصب وأرض الجنبايات (إذا قال أني قاتل) لأنه لم يحدد دلالة البسار فيكون القول قول المدعي عليه (الأن يثبت المدعي أن له مالا يمينه فيجنبه وروى الخصافي عن أصحابنا رجحهم الله أن القول قول المدعي عليه في جميع ذلك) أي فيما كان بدلا عن مال ومالم يكن (لأن الأصل هو العسرة) إذا لا أدى بولاد ولا مال له والمدعي يدعي عارضا والقول قول من غشك بالأصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المدين مع يمينه (ويروي أن القول قوله لا فيما بدله مال) وهو مروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف رجحهم الله لأنه عرف دخوله شيء في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعي ومالم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعي عليه لأنه لم يدخل في ملكه شيء ولم يعرف قدرته على القضاء فبقى متمسكا بالأصل وهو العسرة فذلك ثلاثة أقوال وفي المسئلة قولان آخران أحدهما أن كل ما كان سبيله سبيل البر (٧٣٤ ع) والصلوة والقول فيه قول المدعي عليه

كما في نفقة المهر والمهر والآخر أن يحكم الزنى إن كان زنى الفقراء كان القول له وإن كان زنى الأغنياء كان القول للمدعي إلا في أهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية فإنهم يتكفون في الزنى مع حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجههم فلا يكون الزنى فيهم دليلا البسار وقوله (وفي النفقة) بيان لما هو المحفوظ من الرواية ذكر في كتاب النكاح أن المرأة إذا ادعت على زوجها أنه موسر وادعت نفقة الموسر وادعت الزوج أنه معسر وعليه نفقة المعسر فإن القول قول الزوج وفي كتاب العتاق أن أحد الشرعيين إذا اعتق نصيبه من العبد وزعم أنه معسر كان القول قوله وهاتان مسئلتان محفوظتان تؤيدان القولين الأخيرين أعاناً أي يدعاهما

قال (ولا يجنبه فيما سوى ذلك) إذا قال أني قاتل أني قاتل غيري فإنه لا مالا فيجنبه (لأنه لم يحدد دلالة البسار فيكون القول قول المدعي عليه) (الأن يثبت المدعي أن له مالا يمينه فيجنبه وروى الخصافي عن أصحابنا رجحهم الله أن القول قول المدعي عليه في جميع ذلك) أي فيما كان بدلا عن مال ومالم يكن (لأن الأصل هو العسرة) إذا لا أدى بولاد ولا مال له والمدعي يدعي عارضا والقول قول من غشك بالأصل حتى يظهر خلافه فكان القول للمدعي ومالم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعي عليه لأنه عرف دخوله شيء في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعي ومالم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعي عليه لأنه عرف قدرته على القضاء فبقى متمسكا بالأصل وهو العسرة فذلك ثلاثة أقوال وفي المسئلة قولان آخران أحدهما أن كل ما كان سبيله سبيل البر (٧٣٤ ع) والصلوة والقول فيه قول المدعي عليه

فغير لأنه كالمناقض لوجود دلالة البسار (ولا يجنبه فيما سوى هذين) النوعين (إذا قال أني قاتل) أن يثبت غيري أنه مالا فيجنبه (حيثئذ) أي قدرته على الدين المدعي به هكذا ذكر في الكتاب (ويروي أن القول لمن عليه في جميع ذلك) أي فيما كان بدلا عن مال وأولزمه به بعد أقواله وحكما لفعله لا لعقد كالاتلاف وضمنان الغصب وهو قول الخصافي (لأن الأصل هو العسرة) في حق كل أحد لأنه خلق عديم المال ولهذا قال إذا ثبت الحق فلا يجنبه حتى يسأله ألت مال أولا فإن قال لا يستحلفه فإن نكل حنيفة وإن حلف أطلقه إلا أن يقيم المدعي البينة على قدرته وعندنا يجنبه ولا يسأله فإن قال أنا قاتل غيري حيثئذ ينظر (ويروي أن القول له) أي للمدين (الافيمادله مال) كالفرض وعن المبيع بخلاف المهر والكفالة فإن القول فيه ما قول المدعي ونسب الخصافي هذا القول لأبي حنيفة وأبي يوسف ومن العلماء من قال يحكم الزنى إن كان بزى الفقراء فالقول قوله في الفقراء إلا أن يثبت المدعي قدرته وإن كان بزى الأغنياء فالقول للمدعي إلا في الفقهاء والعلوية والعباسية لا يحكم الزنى فيهم لأنهم يتكفون في لباسهم مع فقرهم وحاجتهم وعلى هذا القول لو كان على المطالب بزى الفقراء فادعى المدعي أنه غير زيه وقد كان عليه زى الأغنياء قبل أن يحضر مجلس الحكم فإن القاضي يسأل المدعي البينة على ذلك فإن أقام البينة أنه كان عليه زى الأغنياء جعل القول قول المدعي فإن لم يقدر على البيان حكمه زيه في الحال فيجعل القول قول المدين وكلما تعارضت بينة البسار والاعسار قدمت بينة البسار لأن معها زيادة علم اللهم إلا أن يدعي المدعي أنه موسر وهو يقول أعسرت بعد ذلك وأقام بينة بذلك فإنه انقدم لأن معها علما بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال ثم ذكر المصنف مسئلتين محفوظتين نصاعن أصحابنا بخلاف أحدهما أن المرأة إذا ادعت أنه موسر لتأخذ نفقة البسار وقال أنه معسر ليعطى نفقة الاعسار أن القول للزوج والثانية أحد الشرعيين إذا اعتق نصيبه وزعم أنه معسر فلا يضمن للساكن شيئا ولكن يستعي العبد وقال شرعيك بئ موسر ليعضمه كان القول قول المعتق قال المصنف (والمسئلة تؤيدان القولين الأخيرين) يعني قول القائل القول لمن عليه في جميع ذلك

(٣٩٠ - فتح القدير خامس) للذي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فإنه جعل القول قول الزوج والمولى

(قوله يعني ضمان الغصب) أقول فيه أن ضمان الغصب دين لزمه بدلا عن مال حصل في يديه فوجد فيه دليل البسار فينبغي أن يكون القول قول المدعي كما صرح به في البدائع وجوابه أن وضع المسئلة فيما إذا ثبت هلاك المغصوب أو غصبه منه عند القاضي وما في البدائع فيما إذا باعته لا غير مثله (قوله والمدعي يدعي عارضا الخ) أقول ولا يخفى أن العارض يثبت بدله الذي ذكره المصنف آنفا والأصل ابتأؤه حتى يظهر خلافه (قوله ولم يعرف قدرته على القضاء) أقول بل علم بأقدامه على التزامه باختباره (قوله فلا يجعل القول قول الزوج الخ) أقول لا يخفى أن ما ذكره مغالطة منشؤها اشتراك لفظ البسار والعسار بين المعينين فإن المراد بالبسار في قولهم وأقدامه عن التزامه باختباره دليل يساره وهو القدرة على الإبقاء ولا كذلك في النفقة

مع أنهم باشر عقد النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ما ذكر أولاً كان القول قول المرأة والشر يك الساكت في دعوى اليسار وأما تأييدهما الذي كان القول لمن عليه الأفياد له مال فلا نه لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الاعتاق ما لجعل القول قول من عليه فعل أن الصحيح هو القولان الأخيران وقوله (والخبر صحيح على ما قال في الكتاب) يعني القدوري جواب عن المستثنين نصرة للذكر كورفيه وقرينه أنه أي النفقة على تأويل الاتفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا تسقط بالموت بالاتفاق وقد تقدم أن الدين الصحيح هو ما لا يسقط إلا بإبراء من له أو بإفائه من عليه (٤٧٤) وكذا ضمان الاعتاق عند أبي حنيفة رحمه الله وحينئذ لا يرد نقضاً على ما في الكتاب وهو قوله

والخبر صحيح على ما قال في الكتاب أنه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند أبي حنيفة رحمه الله ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبس شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال وإنما يحبس مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقد روى عنه ما ذكره ويرى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعين إلى ستة أشهر

وقول القائل القول لمن عليه الأفياد له مال أما تأييدهما الأول فلأنه جعل القول قول الزوج والمعتق فلو كان الصحيح المذكر كور أولاً كان القول للمرأة والشر يك الساكت في دعوى اليسار وأما تأييدهما الثاني فلأنه لم يكن بدل المهر وبدل العتق ما لجعل القول قول من عليه فعلم به هذا أن الصحيح هو القولان الأخيران كذا في النهاية ومنهم من استروح في الأول فقال أما تأييدهما القول من قال القول له في جميع ذلك فظاهر وذكري الثاني ما ذكر في النهاية ولا يخفى أنهم ما يبطئان القول المفصل في الكتاب بين كون الدين ملتزماً بمال أو بعقد فلا يكون القول للطالب وكونه بخلافه ما قال القول للطالب فإن البذل فيه مما ملتزم بعقد أو شبهه وهو الفعل الحسن الموضوع سبباً عن العتق ويؤيد أن القول الأخير وهو أن القول للدينون الأفياد له مال فإن البذل في المسئلة ليس مالا ويجعل القول للدينون تأييد القول بأن ما بدله ليس بمال يكون القول فيه للطالب وإن التزمه بعقد ثم هذه الثانية باعتبار صدقها مع جزء كل من القولين بمطابقة كل منهما بوجه أنه يفيد الشمول والاقبل يلزم من كون القول للطالب فيما إذا التزم بعقد والبذل ليس بمال كون القول له في جميع الدينون غشاً في النهاية والدراية وغيرهما من قوله بعد توجيه التأييد فكان الصحيح هما القولان تساهل ظاهر وكيف يمكن أن يجمع بينهما في الصحة وهما متباينان فإن كون القول للطالب في الكل إذا كان هو الصحيح لا يكون الفصل بين كون بدل الدين مالا فالقول للمدعي أو غير مال فالقول للطالب صحهما فالذي لا شبهة فيه إنما يبطالان القول المذكر كور في الكتاب ليس غير وأجاب المصنف عن الإبطال المذكر كور بأن دين النفقة وضمن العتق ليس بدين مطلق بل هو صلة واجبة ولهذا سقطت النفقة بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتاق عند أبي حنيفة وهذا معنى قوله (والخبر صحيح على ما قال في الكتاب الخ) فلم يرد انقضاء في جميع قول الكتاب المفصل على قوته وثبوته (ثم فيما) إذا (كان القول قول المدعي أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة يحبس) المدينون (شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ماله ثم انما يحبس مدة ليظهر ماله) فيؤدى ما عليه (فلا بد أن تمتد تلك المدة ليفيد هذه الفائدة فقد روى عنه ما ذكره) وهو شهران أو ثلاثة وهو رواية محمد عن أبي حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة (ويرى غير ذلك من التقدير بشهر) وهو اختيار الطحاوي لأن ما زاد على الشهر في حكمه لا أجل ومادون الشهر في حكمه العاجل فصار أدنى الأجل شهر أو الأقصى لا غاية له فيقدر بشهر وروى (أو أربعين أشهر إلى ستة أشهر) وهو رواية الحسن

حسبه في كل دين لزمه بدلا عن مال أو التزمه بعقد لأن المراد بالدين هو المطلق منه أذبه يحصل الاستدلال على القدرة لأنه إذا علم أنه لا يحصل الخلاص منه في حياته وعماه من جهته إلا بالبقاء وأقدم عليه دل على أنه قادر عليه ثم فيما كان القول فيه قول المدعي أن له مالا أو ثبت ذلك عليه بالبينة فيما إذا كان القول قول من عليه يحبس الشهرين أو ثلاثة ثم يسأل جيرانه وأهل خبرته عن يساره وأعداره أما الحبس فلظهور ظلمه بالمطل في الحال وأما توفيته فلأنه لا يظهر ماله أن كان يخفيه فلا بد من مدة ليفيد هذه الفائدة فقد روى عنه ما ذكره ويرى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر وهو اختيار الطحاوي لأن مادونه عاجل والشهر أجل قال شمس الأعمى الحلواني وهو أرفق الأقاويل في هذا الباب وروى الحسن عن أبي حنيفة أربعة أشهر إلى ستة أشهر

(قوله مع أنهم باشر عقد النكاح والاعتاق) أقول أنت خير بأن الالتزام في

صورة الاعتاق موقوف على ثبوت يسار المعتق فلا يدل الاعتاق مجردا على الالتزام فلا نقض (قوله بدل المهر) أقول النظار عن أن يقول بدل النفقة (قوله فعلم أن الصحيح هو القولان الأخيران) أقول كيف يجتمعان على الصحة وهما متنافيان الآن يقال المراد أن الصحيح لا يعدو وهما لأن كلامهما صحيح (قوله أي النفقة على تأويل الاتفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة) أقول الاتفاق لا يكون ديناً قلائد وجه هذا التأويل والاصوب أن يقال على تأويل الدين وإن يرجع الضمير إلى كل من النفقة وضمن الاعتاق (قوله وقد تقدم أن الدين الصحيح الخ) أقول في الكفالة (قوله ويرى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر) أقول قوله بشهر متعلق بقدر

والصحيح ان شيئا من ذلك ليس بمتقدّر بل هو مفوض الى رأى القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص فيه فن الباس من يضجر فى السجن فى مدة قليلة ومنهم من لا يضجر كثير بخبر بمقدار تلك المدة التى ضجر الآخر فان وقع فى رأيه ان هذا الرجل يضجر بهذه المدة ويظهر المال ان كان له ولم يظهر سؤال عن حاله بعد ذلك فان سأل عنه فقامت بينة على عسرة أخرجه القاضى من الحبس ولا يحتاج فى البينة الى اقفلة الشهادة والعذر بل اذا أخبر بذلك ثقة عمل بقوله والاثنان أحوط اذ لم يكن حال منازعة اما اذا كانت كما اذا ادعى المطلوب الاعسار والطالب اليسار فلا بد من اقامة البينة فان شهد شاهدان أنه معسر خلى سبيله وليس هذا شهادة على النفي لان الاعسار بعد اليسار امر حادث فبكون الشهادة بما مر حادث لا بالنفي وان استخاف المطلوب الطالب على أنه لا يعرف أنه معسر فلا بد من حلفه فان نكل أطلقه وان حلف أبداً الحبس وقال شيخ الاسلام هذا السؤال من القاضى عن حال المدينين بعدما حبسوا احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي وهى ليست بحجة للقاضى أن يعمل برأيه ولكن لو سأل كان أحوط قيل محمد رحمه الله قبل البينة على اليسار وهو لا يثبت الا بالمال وتعذر التضام لان الشهود لم يشهدوا بقداره ولم يقبل فيما اذا أنكر المشتري - ووار الشئع وأنكر ماله فى الدار التى بيده فى جنب الدار المشتراة فأقام الشفيع بينة ان له نصيبا فى هذه الدار ولم يبينه ومقدار نصيبه فان القاضى لا يقضى بهذه البينة فى الفرق بينهما واجب بان الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين والقدره عليه انما تكون بملك مقدار الدين فثبت بهذه الشهادة قدر الملك ككون قدر الدين معلوماً فى نفسه اما الشاهد على التخصيص فليس بشاهد على شئ معلوم لان القليل والكثير فى استحقاق الشفعة سواء فوضح الفرق بينهما ما قال (فان لم يظهر له مال خلى سبيله الخ) فان لم (٧٥ ع) يظهر للحبوس مال بعد مضى المدة التى

رأها القاضى برأيه أو بعد مضى المدة التى اختارها بعض المشايخ كشم - وأوشهرين أو أربعة أشهر على ما تقدم خلى سبيله لانه استحق النظر الى الميسرة لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فكان الحبس بعده ظلما وفى بعض الشروح جعل قوله يعنى بعدم مضى المدة متعلقا بقوله خلى سبيله فقال المفهوم من كلامه أنه لا يحل له مال

والصحيح ان التقدير مفوض الى رأى القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص فيه قال (فان لم يظهر له مال خلى سبيله) يعنى بعدم مضى المدة لانه استحق النظر الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل فى روايه ولا تقبل فى روايه وعلى الثانية عامة المشايخ رحمه الله قال فى الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام فى الملازمة وسند كره فى كتاب الخبر ان شاء الله تعالى

عن أبى حنيفة أى ما بين أربعة أشهر الى ستة أشهر رواية الحسن عن أبى حنيفة (قوله والصحيح الخ) ذكر هشام عن محمد نحوه وكذا الصدر الشهيد فالتقدير فى هذا غير معتبر بل هو مفوض الى رأى القاضى اذ للتعصوب بالحبس أن يضجر قلبه فيه قضية ان كان له مال وهذا يختلف باختلاف الناس ان غلب على ظن القاضى بعدم قدرته لو كان له مال فرج عن نفسه فيسأل عنه جيرانه وأهل الخبرة فان شهد شاهدان عنده انه قادر على قضاء الدين أبداً حبسه وان قالوا انه ضيق الحال أطلقه ولو رأى أن يسأل قبل انقضاء مدة الحبس كان له ذلك وأما السؤال قبل الحبس وقبول بينة الاعسار ففيه اختلاف الرواية عن محمد فى رواية تقبل قبل الحبس وبه أفتى محمد بن الفضل واسماعيل بن جاد بن أبى حنيفة ونصير بن يحيى

تمض المدة وليس كذلك فان أحببنا ذكره وفى نسخ أدب القاضى وقالوا واذا ثبت اعساره أخرجه من الحبس وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شئ من ذلك (ولو قامت البينة على افلاسه قبل مضى المدة) بأن أخبر واحد ثقة أو اثنان أو شهد بذلك شاهدان أنه مفلس مع عدم لانعلم له مالا سوى كسوته التى عليه وثياب ليله وقد اخترنا أمره سرا وعلائية ففيه روايتان (تقبل فى رواية ولا تقبل فى رواية وعليها عامة المشايخ) وان كان ذلك قبل الحبس فعن محمد بن وهب روايتان فى رواية لا يحبس به وبه كان يقضى الشيخ الجليل أبو بكر محمد بن الفضل وهو قول اسمعيل بن جاد بن أبى حنيفة رحمه الله وفى أخرى وعليها عامة مشايخ ما وراء النهر أنه يحبس ولا يلتفت الى هذه البينة لانها على النفي فلا تقبل الا اذا تأيدت بمؤيد وقبل الحبس ما تأيدت فاذا حبس ومضت مدة فقد تأيدت به اذ الظاهر ان القادر على خلاص نفسه من مرارة الحبس لا يتحملها (قال فى الكتاب) أى القدورى (خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام) يعنى المنع عن ملازمة المدينين بعد اخراجه من الحبس (فى الملازمة) هل للطالب ذلك أولا (وسند كره فى باب الخبر بسبب الدين ان شاء الله تعالى)

(قوله وفى بعض الشروح جعل قوله الى قوله وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شئ من ذلك) أقول المراد من البعض هو الاتقانى وسيظهر جواب آخر انما بان ما فى الكتاب على رواية الاصل فاندفع الاشكال على أن نبوت الاعسار يكون بالبينة وعدم الظهور لا يلزم أن يكون به فالمراد خلى سبيله بمجرد عدم ظهور المال على ما يفهم من الشرطية فافهم (قوله فان أحببنا ذكره) الى قوله أخرجه من الحبس) أقول ممنوع فانه يفهم مما ذكره أيضا انه اذا لم يظهر له قبل مضى المدة لا يحل له (ولا تقبل فى رواية) أقول وهذا اذا كان أمره مشكلا وافلاسه غير ظاهر بين الناس والا فلا يحبس (قوله وهذا الكلام يعنى المنع عن ملازمة المدينين) أقول لعل الصواب يعنى عدم المنع كالا يحل



(وذكر في الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فانه يحبس ثم يسأل عنه فان كان موسرا أبد حسبه وان كان معسرا خلى سبيله)  
وعند اظاهره ينقض ما ذكر في أول الفصل ان الحق اذا ثبت بالاقرار لا يحبس أول وهلة فيحتاج الى تأويل فلهذا ذكر المصنف تأويل  
بقره (ومراده) أن مراده (٧٦) (إذا أقر عند غير القاضي أو عند حرة قبل ذلك قطهرت عما طلته) وهذه الرواية تصلح

وفي الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فانه يحبس ثم يسأل عنه فان كان موسرا أبد حسبه وان  
كان معسرا خلى سبيله ومراده إذا أقر عند غير القاضي أو عند حرة وظهرت عما طلته والجلس أولا  
ومدته قد بيناه فلا نعبده قال (ويحبس الرجل في نفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع (ولا يحبس والد  
في دين ولده) لاندفع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحمد ودوا القصاص (الا اذا امتنع من الاتفاق  
عليه) لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بعضى الزمان والله أعلم

وهو قول الشافعي وأحمد والاكثرون على انه لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك قبل وهو الاصح فان بينة  
الاعسار بينة على النفي فلا تقبل حتى تتأيد بجوید وبعد مضي المدة تأيدت اذا اظهر انه لو كان له مال لم  
يحمل ضيق السجن ومرارته واعلم أن سؤال القاضي بعد المدة لا احتياط والا فبعد مضي المدة  
التي يغلب على ظن القاضي انه لو كان له مال دفعه وجب اطلاقه ان لم يقم المدعي بينة يساره من غير  
حاجة الى سؤال واليه يشير قوله فان لم ينكشف له مال خلى سبيله ولو طلب المدينون عين المدعي انه  
ما يعلم انه معسر حلف فان نكل أطلقه ولو قبل الحبس وان حلف أبد حسبه ولا شك أن معناه ما لم تقم  
بينته على حدود عسره قال أبو القاسم في كيفية تهادة الاعسار أن يقول أشهد انه مفلس لا نعلم له  
مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اختبرنا أمره سرا وعلاية بخلاف ما اذا مضت المدة فسأل  
فانه يكفي الواحد العدل في اخباره بالعسرة والاثنان أحوط ولا يشترط فيها الفظة الشهادة ذكره في  
باب الحبس من كفاية شيخ الاسلام (قوله وفي الجامع الصغير رجل أقر بدين عند القاضي فانه يحبس ثم  
يسأل عن حاله) اعتمادا كرماني ظاهر من المخالفة لما قدمه من قوله اذا ثبت الدين بالاقرار لا يحبس في  
أول الوهلة فان هذا اظاهر في وصل الحبس باقراره فذكره لم يؤوله بقوله (ومراده اذا أقر عند غير القاضي  
أو عند حرة وظهرت عما طلته فترافعا) الى القاضي فانه يحبس بمجرد جوابه انه لم يعطه الى الآن شيئا  
(قوله ويحبس الرجل في نفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع) ويتحقق ذلك بان تقدمه في اليوم الثاني  
من يوم فرض النفقة وان كان مقدار النفقة قليلا كالداني اذا رأى القاضي ذلك فأما مجرد فرضها ولو طلبت  
حسبه لم يحبس لان العقوبة تستحق بالظلم والظلم بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق وهذا يقتضي انه اذا لم  
يفرض لها ولم يتفق الزوج عليها في يوم ينبغي اذا قدمته في اليوم الثاني أن يأمره بالاتفاق فان رجع  
فلم يتفق أو جعده عقوبة وان كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها وهو قاس ما أسلفناه  
في باب القسم من قولهم اذا لم يقسم لها فرفعتها الى القاضي يأمره بالقسم وعدم الجور فان ذهب ولم  
يقسم فرفعتها أو جعده عقوبة وان كان ما ذهب لها من الحق لا يقضى ويحصل بذلك ضرر كبير  
(قوله ولا يحبس والدي دين ولده فانه عقوبة) ولا يستحق الوالد عقوبة للاحل الولد لان التأنيف لما حرم  
كان الحبس حراما لانه فوقه وكذا لا يحمله اذا قذفه ولا يقتض منه اذا قتله أما اذا امتنع من الاتفاق عليه  
فانه يحبس وكذا كل من وجبت عليه النفقة فأبى عن الاتفاق) أبنا كان أو أمأ أو جندا لان في ترك  
الاتفاق سعي في هلاكهم ويجوز أن يحبس الوالد اقصده الى اهلاله الولد (ولانه لا يتدارك لسقوطها) أي  
لسقوط النفقة (بعضى الزمان) بخلاف الدين فانه لا يسقط وفي الذخيرة والعبد لا يحبس لمولاه لان المولى  
لا يستوجب عليه دين ولا المولى لعبد المأذون غير المدين لان كسبه لمولاه فكيف يحبس له فان كان

أن تكون مقدس الأئمة  
السر نسبي فيما نقل عنه  
من انعكس كما تقدم في أول  
الفصل أو يحمل على  
اختلاف الروايتين لكن  
الظاهر هو التأويل (قوله  
والحبس أولا) بمعنى ان  
المذكور في الجامع الصغير  
من الحبس أولا ومدته على  
ما بينا ليس فيه مخالفة لما  
بيناه فيحتاج الى ذكره لها  
فلا نعبده قال (ويحبس  
الرجل في نفقة زوجته الخ)  
اذا فرض القاضي على رجل  
نفقة زوجته أو اصابها  
على مقدار ولم يتفق عليها  
ورفعت الى الحاكم حبسه  
لظهور ظلمه بالامتناع (ولا  
يحبس والدي دين ولده لانه  
فوق عقوبة فلا يستحقه الولد  
على والده كالحمد والقصاص)  
قال الله تعالى ولا تقل لهما  
أف واخفض لهما جناح  
الذل من الرحمة (الا اذا امتنع  
من الاتفاق عليه لانه فيه  
احياء ولده) وفي ترك سعي في  
هلاكه ويجوز أن يحبس  
الوالد لقصده اطلاق مال الولد  
(ولان النفقة تسقط بعضى  
الزمان فلا يمكن تداركها)  
وسائر المدينون لم تسقط به  
فاقتروا وكذا لا يحبس المولى

لعبد اذا لم يكن عليه دين فان كان حبس لان ذلك الحق الغرماء وكذا العبد لمولاه لانه لا يستوجب عليه دين وكذا الدين  
مكاتبه اذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة واذا كان من غير جنسه لا تنفع المقاصة والمكاتب في حق كسبه بمنزلة الحر  
فيحبس المولى لاجله وكذا المكاتب لدين الكتابة لم يكن منه اسقاطه فلا يكون بالمنع ظالما ويحبس في غيره لانه لا يمكن من الصلح ببيع  
ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وقيل تجب التسوية بينهم لانه متمكن من تحرير نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة والله أعلم

باب كتاب القاضى الى القاضى

أورد هذا الباب بعد فصل الحس لان هذا من عمل القضاء ايضا لأن السجين يتم بقاض واحد وهذا باثنين والواحد قبل الاثنين والقياس بأن جواز العمل به لانه لا يكون أقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه (٤٧٧) وعبر بلسانه عما فى الكتاب لم يعمل به

باب كتاب القاضى الى القاضى

قال (ويقبل كتاب القاضى الى القاضى فى الحقوق اذا شهد به عنده) للحاجة على ما بين (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) لوجود الحجية (وكتب بحكمه) وهو المدعو مجبلا (وان شهدوا به بغير حضره الخدم لم يحكم) لان القضاء على الغائب لا يجوز (وكتب بالشهادة) ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكيمى

القاضى فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير اذا نطقت يشبه الخط وانما الخاتم الا انه يجوز الحاجة الناس لما روى ان عليا رضى الله عنه جوزه كذلك وعليه أجمع الفقهاء قال (و يقبل كتاب القاضى الى القاضى فى الحقوق الخ) يقبل كتاب القاضى الى القاضى فى حقوق ثبت بالشهادات دون ما يندرج بها اذا شهد به بضم الشين عند المكتوب اليه للحاجة وهو نوعان المسمى سجلا والمسمى الكتاب الحكيمى وذلك لان الشهود اما أن يشهدوا على خصم أولا وتكبره بشرى أنه ليس المدعى عليه اذ لو كان اياهما احتج الى الكتاب والكتاب لا يدمنه لايوقع القضاء على الغائب فالمراد به كل ما يمكن أن يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة ولو جردا لحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا لان السجل لا يكون الا عند الحكم وان كان الثانى لم يحكم لانه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم به المكتوب اليه وهو الكتاب الحكيمى والفرق بينهما ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ ووافق رأيه أو خالفه لا تسأل الحكم به وأما الثانى فان وافقه نفذ

عليه دين جس لانه لا غرماء فى التحقيق ويحبس مولى المكاتب للمكاتب اذا لم يكن دينه من جس بدل الكتابة لان فى الجنس له حق أخذه فاذا أخذ بكتابة قصاصا وفى غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب فى اكسابه كالحرف له حق المطالبة فيحبس لمطله أما المكاتب فلا يحبس بدين الكتابة لمولاه لانه بالامتناع لا يصير ظالم الماولو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه لانه لا يتمكن من فسح ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وعن بعض مشايخنا همسا واولا لانه يتمكن من اسقاطه بتجيز نفسه فيسقط الدين عنه لان المولى لا يستوجب على عبده دينه وفى ظاهر الرواية أن بدل الكتابة صلة من وجه بخلاف سائر الديون

باب كتاب القاضى الى القاضى

هذا ايضا من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق فى الوجود لا بقاضين فهو كالمكتب بالنسبة الى الجنس والعمل بكتاب القاضى الى القاضى على خلاف القياس لانه لا يزيد على اخباره بنفسه والقاضى لو أخبر قاضى البلد الاخرى بأنه ثبت عنده بينة قبلها حق فلان على فلان الكائن فى بلد القاضى الا تحرم بحز العمل به لان اخبار القاضى لا يثبت حجة فى غير محل ولا يثبت فكاكه أولى أن لا يعمل به لانه جاز باجماع الصحابة والتابعين لحاجة الناس الى ذلك فان الانسان قد لا يقدر على أن يجمع بين شهوده والمدعى عليه بان كانا فى بلدين يجوز اعانة على اصال الحقوق لمستحقها وما وجه القياس به ما فيه من شبهة التزوير فان الخط والختم يشبه الخط والختم فليس بذلك لان هذه الشهادة منفقة باشتراط شهادة الشهود وعلى نسبة ما فيه الى القاضى المرسل وأنه ختمه وقيل أصله ما روى الضحاك بن سفيان أنه عليه الصلاة والسلام كتب أن وزر امرأه أشيم الضبابى من دية زوجها رواه أبو داود والترمذى وأجمع الفقهاء عليه لاقباله لانه لم يمسس الحاجة الى كتاب القاضى لان الشاهد على الكتاب يجوز أن يشهد على شهادة الأصول ويؤدون عند القاضى الثانى فلم يحتج اليه لانا نقول فى الشهادة على الشهادة يحتاج القاضى الثانى الى تعديل الاصول وقد تكرر ذلك فى بلده وبالكتاب يستغنى عن ذلك لانه يكتب بعدالة الذين شهدوا عنده (قوله) يقبل كتاب القاضى الى القاضى فى الحقوق أى التى تثبت مع الشهادات بخلاف الحدود والقصاص (اذا شهد به) أى بالكتاب (عند القاضى) المكتوب اليه على ما بين من أن المشهود فيه ما هو عن قريب ثم فصل فقال (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) يريد بالخصم الحاضر من كان وكيلان جهة المدعى عليه أو مستخرا وهو من ينصبه القاضى وكيلان الغائب ليسمع الدعوى عليه والاولا راد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة الى الكتاب الى القاضى الاخر لان الخصم حاضر عند هذا القاضى وقد حكم عليه (و) اذا حكم (كتب بحكمه) المراد قاضى البلد التى فيها الموكل ليعقضى منه الحق (و) هذا الكتاب المتضمن للحكم (هو المدعو مجبلا) فى عرفهم (واذا شهدوا بالخصم حاضر لم يحكم) لانه حينئذ قضاء على غائب (و) انما (يكتب بالشهادة الى القاضى الاخر ليحكم) هو (بها وهذا هو الكتاب الحكيمى) فى عرفهم نسبوه الى الحكم باعتبار

باب كتاب القاضى الى القاضى

(قوله ليحكم به المكتوب اليه) أقول وما يقع له القضية من ارسال المدعى عليه مع المدعى الى القاضى المكاتب اذا طلب ذلك منهم فاعل مستندهم فيه ما سيجي فى هذا الكتاب والنهاية وغيرها فى شرح قوله ولا يقضى القاضى على غائب

والا فلا اعدم اتصال الحكم به وقد يشتر الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة وتخص شرائط منها العلوم الخمسة وهي أن تكون من معلوم الى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم وسند كرماعداها ان شاء الله (قوله وجوازه) هو الموعود بقوله على ما بين وهو يشتر الى أن جوازه ثابت بنسبته للشهادة على الشهادة لا اتحاد المناط وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم فكما يجوز الشهادة على الشهادة لاجلها حقوق العباد فكذلك يجوز الكتاب لذلك ولا يراد بالمساوية القياس لما تقدم أنه مخالف للقياس في راديه الاتحاد في مناط الاستحسان وقوله (يعني القدوري) في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجعودة (والمضاربة المجعودة لان كل ذلك بمنزلة الدين) والدين يجوز فيه الكتاب فكذلك فيما كان في منزلته (قوله وهو يعرف) أي الدين (يعرف بالوصف) يشتر الى ثلاثة أشياء الى أن الدين انما يجوز فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة والى ان ما يحتاج فيه الى الاشارة لا يجوز فيه الكتاب والى ان الامور المذكورة بمنزلة الدين في انهم اتعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة واعترض بأن ما سوى الدين يحتاج اليها فان الشاهد يحتاج الى الاشارة الى الرجل والمرأة في دعوى (٤٧٨) النكاح من الجانبين وكذلك في الباقي فكانت بمنزلة النكاح والحيون وكما

وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويخص شرائط ذكرها ان شاء الله تعالى وجوازه لماس الحاجة لان المدعي قد تعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فأنشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجعودة والمضاربة المجعودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتعبد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يقبل في العبد دون الامنة لخلعة الا باق فيه دونها وعنه انه يقبل فيه ما بشرائط تعرف في موضعها

القاضي الى القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية وأجيب بأن الاشارة الى الخصم شرط فيما ذكرته وهو ليس مدعي به انما هو ونفس النكاح والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال ألا ترى ان الاشارة الى الدائن والمدين لا بد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بمانع بالاجماع (ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتعديد) وذلك لا يحتاج الى الاشارة (ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة اليها) عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله ولهذا لم يجوزاه في العبيد والحواري واستحسن أبو يوسف في العبيد دون الامانة لخلعة الا باق في

ما يؤل (وهو في الحقيقة نقل الشهادة) الى ذلك القاضي وسند كرماعداها ان شاء الله تعالى وجوازه لماس الحاجة لان المدعي قد تعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فأنشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجعودة والمضاربة المجعودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتعبد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يقبل في العبد دون الامنة لخلعة الا باق فيه دونها وعنه انه يقبل فيه ما بشرائط تعرف في موضعها

العبد دون الامنة فان العبد يستخدم خارج البيت غالباً فيقدّر على الاباق فتمس الحاجة الى الكتاب بخلاف الامنة فانها تستخدم داخل البيت غالباً (وعنه) أي عن أبي يوسف (أنه يقبل فيه ما بشرائط تعرف في موضعها) يعني النكاح المبسوطة كالسوط وشروح أدب القاضي وصحة ذلك بخاري أنق عبد له الى سمرقند مثلاً فأخذه سمرقندي وشهود المولى بخاري فطلب من قاضي بخاري أن يكتب بشهادة شهوده عنده فيجيب الى ذلك ويكتب شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الذي من صفته كيت وكيت ماله فلان المدعي وهو اليوم سمرقندي بفلان بغير حق ويشهد على كلبه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويرسلهما الى سمرقند فإذا انتهى الى المكتوب اليه يحضر العبد مع من هو بيده يشهدا عنده عليه بالكتاب وبما فيه فتقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعي ولا يقضي له به لان شهادة شاهدي الملك لم تكن بحضرة العبد وأخذ كفيلاً من المدعي بنفس العبد ويجعل في عنق العبد خاتماً من رصاص

(قوله والافسلا) أقول بان كان مما اختلف فيه الفقهاء (قوله وأجيب بأن الاشارة الى الخصم شرط) أقول فان قيل اذا كان شرطاً ينبغي أن لا يجوز بدونه قلنا يجوز الاستحسان على خلاف القياس

لان الخصم اذا حضره الثاني قد يكون له مطعن قيم أو في أحد دم فلا بد من تعيينهم له ليتمكن من الطعن  
 ان كان والا فيقول سمعهم لي فاني قد يكون لي قيمهم مطعن ومنها قوله الى فلان قاضي كورة كذا انما  
 يصح اذا كان القاضي واحدا فان كان لها قاضيان لا يصح ومنها قوله في المدعى يقال له فلان بن فلان  
 يتم التعريف في قوله ما وعنده لا بد من ذكر الحد وكذا الخلاف لو ذكر قبيلته أو صناعته وان ذكر  
 اسمه ولم يذكر اسم الاب لكن نسبه الى قبيلته أو فخذة فقال فلان التميمي أو الكوفي وما أشبه ذلك  
 لا يكون تعريفا بالاتفاق وان كان مشهورا لا يحتاج الى هذا وقيل ولا بد أن يذكر ادعى المدعى انه  
 غائب من هذا البلد مسيرة سفر لان بين العلماء اختلافا في المسافة التي يجب وزنها كتاب القضاة الى  
 القاضي في جماعة من مشايخنا قالوا لا يجوز فيما دون مسافة القصر وبه قال الشافعي وأحمد في وجهه وحكي  
 الطحاوي عن أبي حنيفة وأصحابه انه يجوز فيما دون مسافة القصر وقال بعض المتأخرين هذا قول  
 أبي يوسف ومحمد وبه قال مالك والذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة أنه لا يجوز كالشهادة على الشهادة  
 ومنها ختم الشهود ليس بالزام بل هو أوثق كما قال ومنها قوله وعدلوا ظاهرا في انه لا يفك الختم حتى  
 يعدل شهود الكتاب وفيه خلاف سيذكر وان كانت دارا قال وادعى ان له دارا في بلد كذا في محلة  
 كذا وذكروا حدوها في يد رجل يقال له فلان بن فلان يعرفه على وجه التمام ولو ذكر واثلاثة حدود كفي  
 استحسانا خلافا لفرز ولوغلطوا في بعض الحدود وبطل الكتاب وصورة كتاب العبد الا بقر من مصر  
 بعد العنوان والسلام أن يكتب شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته  
 كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعى وقد أبق الى الاسكندرية وهو اليوم في يد فلان  
 بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين مسافرين الى الاسكندرية على ما فيه وعلى ختمه كما سيذكر فاذا  
 وصل وفعل القاضي ما تقدم وفق الكتاب دفع العبد الى المدعى من غير أن يقضى له به لان الشهود  
 الذين شهدوا بملك العبد للمدعى لم يشهدوا بحضرة العبد و يأخذ كفيلا بنفس العبد من المدعى  
 ويجعل خاتما من القاضي في كتف العبد ولا حاجة الى هذا الادفع من يتعرض له ويتمه بسرقة  
 فاذا لم يكن لاحاجة ويكتب كتابا الى قاضي مصر ويشهدان على كتابه على ما عرف فاذا وصل  
 الكتاب اليه فعل ما يفعل المكتوب اليه ثم يأمر المدعى أن يحضر شهوده ليشهدوا بالاشارة  
 الى العبد أنه ملكه فاذا شهدوا قضى له به وكتب الى قاضي الاسكندرية بما ثبت عنده لم يبرئ كفيلا  
 وفي بعض الروايات ان قاضي مصر لا يقضى بالعبد للمدعى لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر  
 الى قاضي الاسكندرية ويذكر فيه ما جرى عنده ويشهد على كتابه وختمه ويرد العبد معه اليه  
 ليقضى به بحضرة المدعى عليه فيفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصورته في الجوارى كافي العبد  
 الا ان القاضي المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعى بل يعيها على يد أمين لا احتمال انه اذا  
 أرسلها مع المدعى يطوؤها لاعتقاده انها ملكه قال في المبسوط ولكن أبو حنيفة ومحمد قالاهذا فيه  
 بعض القبح فانه اذا دفع العبد يستخدمه فهاو يستغله فبا كل من غلته قبل أن يثبت ملكه فيه  
 بالقضاء وما يظهر العبد لغيره ولا يخفى ان ضم محمد مع أبي حنيفة بناء على ظاهر الرواية عنه  
 وكلامنا على الرواية عن محمد المختارة للفتوى الموافقة لوجه والائمة الثلاثة واذا عرفت هذا  
 فالزوجة المدعى باستحقاقها في بلد القاضي المكتوب اليه لا بد أن تجعل من قبيل الامة فيجرب فيها  
 ما يجرب فيها لانه بعد أن تجرب تجرب الديون لانها اذا قالت استأنافلانة المشهود على انها زوجة  
 المدعى المذكور ولم تقدر على بينة ان في قبيلتها من هو على اسمها ونسبها أن تدفع الى المدعى بطوؤها

قال (ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين الخ) لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا بشهادة رجلين أو رجل واحد وأما اشتراط اربعة فلا يلزم ولا الزام بدونها وأما قبول رجل واحد فلا يلزم ولا يلحق بالثبوت وهو مما يطعن عليه فيقبل فيه شهادة السامع الرجال كما في سائر الطرق وكان الشعبي يقول يجوز كتاب القاضي الى القاضي بغير بينة قياسا على كتاب أهل الحرب وأجاب المصنف بقوله بخلاف كتاب الاستئمان يعني اذا جاء من ملك أهل الحرب (٤٨١) في طلب الأمان فانه مقبول بغير بينة حتى لو

قال (ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين أو رجل واحد) لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بشهادة تامة وهذا لأنه ملزم فلا بد من اربعة بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب لأنه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الزام بالشهادة لا بالتزكية

(قوله ولا يقبل الكتاب) أي لا يقبل المكتوب اليه الكتاب (الا بشهادة رجلين أو رجل واحد) على أنه كتاب القاضي فلان الكاتب وانته ختمه وان فيه كذا وكذا ولا بد من اسلامهما فلا تقبل شهادة الذين على كتاب قاضي المسلمين ولو كان الكتاب الذي على ذمهم يشهدون على فعل المسلم وهذا لان قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة والضرورة اذ قلما يحضر المسلمون معاملاتهم خصوصا الانكحة والوصايا وهذا لا يتحقق في كتاب القاضي وختمه ولم يشترط الشعبي الشهادة عليه وكذا الحسن أسند الخفاف الى عمر بن أبي زائدة أو غيره قال بحثت بكتاب من قاضي الكوفة الى اياس بن معاوية فبحثت وقد عزل واستقضى الحسن فدفعته كتابي اليه فقبله ولم يسألني البينة عليه ففتحه ثم نشره فوجدت فيه شهادة شاهدين على رجل من أهل البصرة بخمسة مائة فقال لرجل يقوم على رأسه اذهب بهذا الكتاب الى زياد فقل له أرسل الى فلان فيخذه منه خمسة مائة درهم فادفعها الى هذا وبه قال أبو ثور والاصمغري من الشافعية وأبو يوسف في رواية فالشرط عندهم ان يكون المكتوب اليه يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قياسا على كتاب الاستئمان وعلى رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي قلنا الفرق ان هذا نقل ملزم اذ يجب على القاضي المكتوب اليه ان يتزكاه ويعمل به ولا بد للزم من الخصة وهي البينة بخلاف كتاب أهل الحرب فانه ليس ملزما اذ لا امام أن يعظمهم ما طلبوه وله ان لا وأما الرسول فلان التزكية ليست ملزمة وانما الملزم هو البينة وأما الفرق بين رسول القاضي وبين كتابه حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فلان غاية رسوله أن يكون كنفسه وقد مدنا أنه لو ذكر ما في كتابه لذلك القاضي بنفسه لا يقبله وكان القياس في كتابه كذلك الا أنه أجزى باجماع التابعين على خلاف القياس ناقص عليه فان قلت فكيف عمل الحسن بالكتاب وهو لم يكتب الا الى قاض آخر غيره فان جواب يجوز أن يكون قال الى اياس القاضي بالبصرة والى كل قاض براه من قضاة المسلمين فانه اذا كتب كذلك كان لكل قاض رفع اليه أن يعمل به بخلاف ما لو كتب من الاول الى من يبلغه كتابي هذا من قضاة المسلمين فانه لا يجوز العمل به لاحد من القضاة وأجازه أبو يوسف أيضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم ﴿فرع﴾ يجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لأنه ثبت مع الشبهات ولو كتب القاضي الى الامير الذي ولاه أصل الله الامير ثم قص القصة وهو معه في المضمر فجاءه ثقة يعرفه الامير في التماسه لا يقبل لان ايجاب العمل بالبينة ولا أنه لم يذكر اسمه واسم أبيه وفي الاستئمان يجوز للامير أن يضمنه لانه متعارف ولا يليق بالقاضي أن يأتي في كل حادثة الى الامير ليخبره ولانه لو أرسل اليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارة في جواز العمل به فكذا اذا أرسل كتابه ولم يجز الرسم في مثله من مصر الى مصر فشرطنا هناك شرط كتاب

أمنه الامام صح لانه ليس ملزم فان الامام راي في الامان وتركه وبخلاف رسول القاضي الى المزكي وعكسه فانه يقبل بغير بينة لان الزام على الحاكم ليس بالتزكية بل هو بالشهادة ألا ترى أنه لو قضى بالشهادة بالتركية صح وقوله وبخلاف رسول القاضي الى المزكي قيل قد يشير الى أن رسول القاضي الى القاضي غير معتبر أصلا في حق لزوم القضاء عليه بينة وبغيرها والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فانه كما ينبغي بكتابته بغيره بغيره أو اتحادهما في عدمه لان القياس بأبي جوازهما وقرق بينهما بوجهين أحدهما ورود الأثر في جواز الكتاب واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقى على القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب واحد من موضع القضاء فكان كالخطاب من موضع القضاء فيكون بختمه وأما الرسول فقام مقام المرسل والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض

وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا (٣٩١ - فتح القدير خامس)

قال المصنف (ولا يقبل الكتاب) أقول أي لا يعمل به لانه لا يأخذ له مخالف ما سيجي عن قوله فاذا سلمه (قوله ألا ترى انه لو قضى بالشهادة الخ) أقول في هذا التنوير بحث فان صحة القضاء أمر والالزام أمر آخر لتحقق الاول بدون الثاني وجوابه ان صحة الحكم قبل التزكية اذا كانت بالشهادة والالزام بعد ما يكون به أيضا (قوله قيل قد يشير الخ) أقول في وجه الاشارة خفاء لا يخفى (قوله في حق لزوم القضاء عليه بينة) أقول على كونه رسول القاضي



قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه الخ) شرط أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله علم ما في الكتاب وحفظه وانلتم بحضوره الشهود ولهذا يجب أن يقرأ الكتاب كتابه عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به لأنهم إن لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة قال الله تعالى الأمن شهد بالحق (٤٨٣) وهم يعلمون ويحتمل بحضورهم ويسلمه إلى الشهود كي لا يتوهم التغيير إذا كان

قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به) لأنه لا شهادة بدون العلم (ثم يحتمل بحضورهم ويسلمه إليهم) كي لا يتوهم التغيير وهذا عند أبي حنيفة ومحمد لأن علم ما في الكتاب وانلتم بحضورهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عند محمد وأبو يوسف يدفع إليهم كتاب آخر غير محتوم ليكون معهم معاونته على حفظهم وقال أبو يوسف رحمه الله آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه وعن أبي يوسف أن الختم ليس بشرط أيضا سهل في ذلك لما ثبت بالقبض والقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قول أبي يوسف رحمه الله

القاضي إلى القاضي (قوله ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم) شروع في بيان الشروط الموعود به ذكرها في قوله ويختص بشرائط ذكرها والحاصل أن شهد الشهود على ما في الكتاب فلا بد حينئذ من أن يقرأه عليهم أو يعلمهم ما فيه أي باخباره لأنه لا شهادة بلا علم بالشهود به كما لو شهدوا بأن هذا الصك مكتوب على فلان لا يقيد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين واشترط عليهم بما في كتاب القاضي قول أبي حنيفة ومحمد والشافعي وأحمد ومالك في رواية ومن أن يشهدوا أنه ختمه وذلك بأن يحتمل بحضورهم ويسلمه إليهم وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ولا بد أن يكون الكتاب معنونا أي مكتوبا ما فيه العنوان الذي قدمناه وهو اسم الكاتب واسم المكتوب إليه ونسبهما والشرط العنوان الباطن فإن لم يوجد وكان معنونا في الظاهر لا يقبله لتمام التغيير وعن هذا قيل ينبغي أن يكون معه نسخة أخرى مفتوحة ليستعينوا بها على حفظ ما في الكتاب فإنه لا بد من التسديد من وقت الشهادة إلى وقت الادعاء عندهما (وقال أبو يوسف رحمه الله آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه) بعدما كان أو لا يقول كقول أبي حنيفة (وعن أبي يوسف أيضا أن الختم ليس بشرط أيضا رخص في ذلك لما ثبت بالقبض والقضاء وليس الخبر كالمعاينة وهذا اختيار شمس الأئمة السرخسي) ولا شك عندى في صحته فإن الفرض إذا كان عدالة الشهود وهم حجة الكتاب فلا يضره كونه غير محتوم مع شهادتهم أنه كتابه نعم إذا كان الكتاب مع المدعى ينبغي أن يشترط الختم لاحتمال التغيير إلا أن يشهدوا بما فيه حفظا فالوجه أن كان الكتاب مع الشهود أن لا يشترط معرفتهم لما فيه ولا الختم بل تكفى شهادتهم أنه كتابه مع عدالتهم وإن كان مع المدعى اشترط حفظهم لما فيه فقط ومن الشروط أن يكتب فيه التاريخ فالزم يكتب لا يقبل وذلك لينظر هل هو كان قاضيا في ذلك الوقت أولا وكذا أن يشهدوا على أصل الحادثة ولم يكن مكتوبا لا تقبل وفي خزائن الفقه يجوز كتاب القاضي إلى القاضي في المصرين ومن قاضى مصر إلى قاضى رستاق ولا يجوز من قاضى رستاق إلى قاضى مصر انتهى والذي ينبغي أن يعدد عدالة شهادة شهود الأصل والكتاب لا فرق ولو كان العنوان من فلان إلى فلان أو من أبي فلان إلى أبي فلان لا يقبل لأن مجرد الاسم أو الكنية لا يتعرف به إلا أن تكون الكنية مشهورة مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى وكذلك النسبة إلى أبيه فقط مثل عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وقيل تقبل الكنية المشهورة كأبي حنيفة على رواية أبي سليمان ولا تجوز في سائر الروايات لأن الناس يشتركون في الكنى غير أن بعضهم يشتهر بها فلا يعلم المكتوب إليه أن المكتنى هو الذى اشتهر بها أو غيره بخلاف ما لو كتب إلى قاضى بلدة كذا فإنه في الغالب يكون واحدا فيحصل التعريف بالاضافة إلى محل الولاية ولم يشترط أبو يوسف

بغير ختم أو بيد الخصم وهذا قولهما وقال أبو يوسف أنه يدفع الكتاب إلى الطالب وهو المدعى ويدفع إليهم كتابا آخر غير محتوم ليكون معهم معاونته على حفظهم فإن فات شيء من الأمور المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما وقال أبو يوسف آخر شيء من ذلك ليس بشرط بل إذا أشهدهم القاضي أن هذا كتابه وختمه فشهدوا على الكتاب وانلتم عند القاضي المكتوب إليه كان كافيا وعنه أن الختم ليس بشرط أيضا سهل في ذلك لما ثبت بالقبض والقضاء وانما قال آخر إلا قوله الأول مثل قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله واختار شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف تيسيرا على الناس

قال المصنف (ويسلمه إليهم) أقول قال في النهاية أي إلى الشهود وعمل القضية اليوم أنهم يسلمون المكتوب إلى المدعى وهو قول أبي يوسف وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمة وعلى

العنوان

قول أبي حنيفة يسلم المكتوب إلى الشهود كذا وجدت بخط شيخى انتهى ثم قال وأجمعوا في الصك أنه الشهادة لا تصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب فاحفظ هذه المسئلة فإن الناس اعتادوا بخلاف ذلك اهـ

قال (واذا وصل الى القاضى لم يقبله الا بحضرة الخصم الخ) لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضى الكاتب شرع في بيان الاحكام المتعلقة بجانب المكتوب اليه فاذا وصل الكتاب اليه لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذلك بمنزلة أداء الشهادة وذلك لا يكون الا بحضور الخصم فكذلك هذا بخلاف سماع القاضى الكاتب فانه جاز بغيره لان سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزا وان كان بغيره وقال في شرح الاقطع وقال أبو يوسف يقبله من غير حضور الخصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له أن يقبله والحكم بعد ذلك يقع بسماعه من الكتاب فاعتبر بحضور الخصم عند الحكم به قال (فاذا سلمه الشهود اليه الخ) اذا سلم الشهود الكتاب الى المكتوب اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا ان هذا كتاب فلان القاضى سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضى وقرأه على الخصم والزعم بما فيه عند أبي حنيفة ومحمد ورجه الله وقال أبو يوسف اذا شهدوا أنه كتاب فلان وختمه قبله وفحه لما امره لم يشترط شيئا من ذلك ولم يشترط في القدوري ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فاذا شهدوا واعدلوا قال المصنف والصحيح أنه يفيض الكتاب أى يفحه بعد العدالة كذا ذكره الخصاص لانه اذا لم تظهر العدالة فربما احتاج (٤٨٣) المدعى الى أن يزيد في شهوده

واغايهكتهم أداء الشهادة بعد قيام الختم يشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضى وختمه فأما اذا فلك الخاتم فلا يمكنهم ذلك وهذا يرى أنه دور ظاهر فان المدعى انما يحتاج الى زيادة الشهود اذا كانت العدالة شرطاً ولم تظهر فأما اذا لم تكن شرطاً فكذا أدوا الشهادة جاز قضاها فلا يحتاج الى زيادة شهود والجواب أننا نسلم أنه لا يحتاج الى زيادة شهود وبعد الفتح بل يحتاج اليها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الفتح غير ممكن وقد استدل على ذلك بأن فلك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل به ما لم تظهر عدالة الشهود

قال (واذا وصل الى القاضى لم يقبله الا بحضرة الخصم) لانه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضى الكاتب لانه للنقل لا للحكم قال (فاذا سلمه الشهود اليه ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضى سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضى وقرأه على الخصم والزعم بما فيه) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ورجه الله وقال أبو يوسف رجحه الله اذا شهدوا انه كتابه وختمه قبله على ما أمر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفيض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاص رجحه الله لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم

العنوان أيضا بل اذا لم يكن معنونا وكان محتوما وشهدوا بالختم كفى (قوله) واذا وصل الى القاضى لم يقبله الا بحضور من الخصم وفي بعض النسخ لم يفتك الا بحضور من الخصم كذا كرنا فيما تقدم والمراد انه لا يقرؤه الا بحضوره لا بمجرد قبوله فانه لا يتعلق به حكم وترتيب الحال انه اذا وصل المدعى الى القاضى جمع بينه وبين خصمه فان اعترف استغنى عن الكتاب وان أنكر قال له لى لك حجة فان قال معى كتاب القاضى اليك طالعه بالبينه عليه فاذا حضروا أحضر خصمه ان لم يكن حاضر افيشه بدون بحضوره انه كتاب القاضى سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا فحينئذ افتحه وقرأه عليه وانما لم يقرأه الا بحضوره (لانه) أى الكتاب فى المعنى (بمنزلة الشهادة) على الشهادة لان القاضى يتقبل ألفاظ الشهود بكتابه الى المكتوب اليه كان شاهدا للفرع ينقل شهادة شاهد الاصل بعبارته (بخلاف القاضى الكاتب) فانه يسمع من الاصول الشهادة وان كان الخصم المدعى عليه غائبا (لان سماعه ليس للحكم بل للنقل) فكان سماعه بمنزلة تحمل الفرع لشهادة الاصل وفي التحمل لا يشترط حضور الخصم كذا هذا وهذا كله قول أبى حنيفة ومحمد وقد علمت أن قول أبى يوسف الا كفاية بشهادة انه كتابه وختمه (ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة) في شهود الكتاب (للفتح) حيث قال فاذا شهدوا الخ فتحه ولم يقل فاذا شهدوا واعدلوا قال المصنف (والصحيح انه يفيض الكتاب بعد ثبوت العدالة ذكره الخصاص) واحترز به عما ذكر فى المعنى فانه قال فيه وذكره الخصاص لا يفتح قبل ظهور العدالة ثم قال ما ذكر محمد أصح أى فنجوز الفتح قبل

على الكتاب وفيه نظر لان فلك الخاتم عمل للكتاب لا به ولعل الأصح ما قاله محمد رجحه الله من تجوز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود كذا نقله الصدر الشهيد فى المعنى والمكتوب اليه

قال المصنف (واذا وصل الى القاضى لم يقبله الا بحضرة الخصم) أقول وفى المحيط ولو قبل الكتاب من غير حضرة خصمه جاز ولو سمع البينة على ان هذا كتاب القاضى من غير حضرة الخصم لا يجوز فحضرة الخصم شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب اه وفيه أيضا الاولى أن يكون الفتح بحضور الخصم وان فتح بغيره محض منه جاز اه (قوله) لما فرغ الى قوله بجانب المكتوب اليه أقول وأنت خير ان قوله ولا يقبل الكتاب الا الخ من الاحكام المتعلقة بالمكتوب اليه وجوابه ان قوله لا يقبل على بناء المفعول والمقبولية وعدمها من أحكام الكاتب (قوله) فأما اذا لم يكن شرطاً أقول كما هو مذهب أبى حنيفة على ما سيجى فى الشهادة (قوله) وقد استدل على ذلك أقول قوله وقد استدل أى بوجه آخر وقوله على ذلك أى على اشتراط العدالة (قوله) بأن فلك الخاتم نوع عمل بالكتاب الخ) أقول لا يفتنى عليك عدم تسكر ارا الحد الاوسط فان الباء فى الصغرى للابسة وفى الكبرى للسببية وأيضا للقاء بل بعدم الاشتراط منع الكبرى فليتأمل (قوله وفيه نظر الخ) أقول وفيه تأمل

انما يقبل الكتاب اذا كان الكتاب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو فسق اذا تولى وهو يعمل ثم فسق على ما مر من قبل من المتأخر قبل وصول الكتاب أو بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب وقال أبو يوسف في الامالي يعمل وهو قول الشافعي رحمه الله لان كتاب القاضي يعتبر الشهادة على الشهادة لانه يكتبه بنفسه شهادة الذين شهدوا عند بائع في المتوب اليه والنقل (٢٠٤)

وانما يقبل المكتوب اليه اذا كان الكتاب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه لا يثبت بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله أو في غير عمله ما وكذا الرماة المكتوب اليه الا اذا كتب إلى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعاله وهو معروف

نظروا بعد الشهادة بأنه كفايه ووجهه المصنف بما ذكره الخصاص من انه ربما يحتاج الى زيادة الشهود بأن ارتاب في هؤلاء فيقول زدني شهودا ولا يمكن أداء الشهادة من المزيدين الاحال قيام الختم أو فرغ أو سمع الختم بوصول كتاب القاضي الى قاضي بلدة فهو رطب الى بلدة أخرى كان القاضي المكتوب اليه أن يكتب الى قاضي تلك البلدة بما ثبت عنده من كتاب القاضي فكما جوزنا الاول الكتابة فنجوز الثاني والثالث وهلم جرا الحاجة ولو كتب فلم يخرج من يده حتى رجع الختم لم يحكم عليه بتلك الشهادة اني سمعها من شهود الكتاب بل يعيد المدعي شهادتهم لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولا به القضاء وانما يستفيد به لو كان الختم حاضرا وقت شهادتهم (وانما يقبل المكتوب اليه) هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به وهو أن يكون القاضي الكتاب على قضاؤه الى أن يمضي أمر الكتاب فلو أنه مات أو عزل قبل أن يصل الى المكتوب اليه أو يخرج عن أهلية القضاء يجنون أو عصى قالوا أو فسق وانما يخرج على القول بالعزل بالفسق بطل الكتاب وقال أبو يوسف والشافعي يعمل به وبه قال أحد لان كتاب القاضي الى القاضي كالتشهاد على الشهادة لانه ينقل به شهادة الذين شهدوا عنده الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فكان كشهود الفرع اذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء ومات الاصل بعد أداء الفرع فانه لا يمنع القضاء وحاصل الجواب في النسخة منع تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل ويقرأ لان هذا النقل بمنزلة القضاء ولهذا لا يصح الا من القاضي فلا يتم الا بوجوب القضاء ولا يجب الا بقرائه وبه ثابتين أن العبارة الجيدة أن يقال لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله لان وصوله قبل ثبوته عند المكتوب اليه وقرائه لا يوجب عليه شيئا فقول المصنف (التيق بواحد من الرعايا) يعني قبل تمام القضاء (ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر) غير المكتوب اليه (في غير عمله أو غير علمهما) ولو كان على قضاؤه لانه بالنسبة الى العمل الآخر كواحد من الرعايا غير أن الكتاب خص من ذلك بالاجماع ولو مات بعد وصول الكتاب وقرائه عمل به المكتوب اليه هكذا ذكر في ظاهر الرواية (وكذا لو مات المكتوب اليه) أو عزل وولى غيره لا يعمل الذي قام مقامه عندها (الا اذا) كان كتب الى فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعاله وقد قدمنا ما هنا وقال الشافعي وأجد يعمل ببلد المعول عليه شهادة الشهود على ما تحمله ومن يحمل وشهد وجب على كل قاض الحكم بشهادته وصار كالوكتب والى كل قاض وصل اليه وأجيب بأن الكتاب لما خص الاول بالكتابة فقد اعتمد عدلته وأمانته والقضاة متفاوتون في أداء الامانة قصح التعيين بخلاف ما اذا أرفده بقوله والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان هناك اعتمد على علم الكل وأمانتهم فكان الكل مكتوب اليهم معينين أما لو كتب ابتداء الى كل من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فقد منأته

الشهادة وانه لا يمنع القضاء ولذا يقول بالوجوب وهو ان الكتاب وان كان قد مر الا أن عند النقل لم يسمك القضاء بدليل أنه لا يصح الا من القاضي ولم يشترط فيه العدد وانقطة الشهادة ورجب على الكتاب هذا النقل لسماع البيعة وما وجب على القاضي بسماع البيعة قضاء لكنه غير تام لان تمامه بوجوب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء عليه قبل وصوله اليه وقبل قرائه عليه فبطل كما في سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل اتمامها واستدل المصنف بقوله لانه الحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخبار قاض آخر في غير عمله أو في غير علمهما وهذا ظاهر فيما اذا عزل أما في الموت أو في الخروج عن الأهلية فليس بظاهر لان الميت والجنون لا يثبتان بواحد من الرعايا ويمكن أن يقال يعلم ذلك بالاولى وذلك لانه اذا كان حيا وعلى أهلية للقضاء لم يبق كلامه حجة فلا أن لا يبق بعد الموت أو الخروج عن الأهلية أولى وكذا لو مات المكتوب اليه بطل كتابه

وقال الشافعي يعمل به من كان قائما مقامه في القضاء كما قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا أن اجازة القاضي الكتاب اعتمد على علم الاول وأمانته والقضاة متفاوتون في أداء الامانة فصاروا كالأمانة في الاموال وهناك قد لا يعتمد على كل أحد فكذا ههنا الا اذا صرح باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه أني بما هو شرط وهو أن يكون من معاليم الى معاليم ثم صير غير تبعاله

بخلاف ما اذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلدة كذا الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه لا يصح عند أبي حنيفة وقبل الظاهر أن محمدا معه لا يضمن معلوم الى مجهول والعلم فيه شرط كما هو وهو رد لقول أبي يوسف في جوازها فانه حين ابتلى بالقضاء وسع كثيرا تسهيلا للاصر على الناس (ولومات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم بمقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده (ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص) وقال الشافعي في قول (٤٨٥) يقبل لان الاعتماد على الشهود

(ولأن فيه شبهة البدلية) فصار كالحقبة البديلة (الشهادة) وهي غير مقبولة قيم (ولان مبناها على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتها)

بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا رحمهم الله لانه غير معروف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه بمقامه (ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص) لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناها على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتها

(فصل آخر) ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها

(فصل آخر) قال في النهاية قد ذكرنا أن كتاب القاضي اذا كان سجلا اتصل به قضاؤه يجب على القاضي المكتوب اليه امضاؤه اذا كان في محل مجتمد فيه بخلاف الكتاب الحكيم فان الرأي له في التنفيذ والرد فلذلك احتج الى بيان تعداد محل الاجتهاد بدكر أصل يجمعها وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به وهذا يدل على أن الفصل من تنمة كتاب القاضي الى القاضي لكن قبوله آخر يناقض ذلك لانه ليس في ذلك الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر والاولى أن يجعل هذا فصلا آخر في أدب القاضي فانه تقدم فصل المجلس وهذا فصل آخر قال (ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها)

أجازها أبو يوسف وهو مذهب الشافعي وأجد ومنعه أبو حنيفة والظاهر أن محمدا مع أبي حنيفة والوجه قول أبي يوسف لان اعلام المكتوب اليه وان كان شرطافا العموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الأجل والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء (ولومات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه بمقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده ولا خلاف فيه (قوله) ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص وهو قول للشافعي وفي قول آخر يقبل وهو قول مالك وأجد لان الاعتماد على الشهود قد شهدوا قلنا (لان فيه) أي في كتاب القاضي (شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة) لا يقام بها الحد لان مبنى الحدود والقصاص على الاسقاط بالشهادات (وفي قبول الكتاب سعي) واحتياط (في اثباتها) وعرف من تقريرنا أن المعنى على عدم الواو في قوله ولان مبناها الخ والله أعلم وأعلم أنك ربما تطلع على فروع كثيرة في الكتب فيما تصرح بجمع الكتاب فيها مثل ما ذكر في الخلاصة وغيره في رجل وأمرأة ادعى ولدا وقال هو معروف النسب منها هو في يد فلان استترقه في بلدة كذا وطلبنا الكتاب لا يكتب في قول أبي حنيفة ومحمد وان ادعى النسب ولم يذكر الاسترقاق يكتب بالاتفاق لانه دعوى النسب مجردا فكان كدعوى الدين بخلاف المسئلة الاولى لانه يريد دفع الرق فهو كدعوى الله عبدي (فرع) هل يكتب القاضي بعلمه في الخلاصة هو كالقضاء بعلمه والتفاوت هنا أن القاضي يكتب بالعلم الخاص قبل القضاء بالاجماع كذا قال بعضهم ولو أقام شاهدا واحدا عند القاضي وسأل أن يكتب بذلك كتابا الى قاض آخر فعل فانه قد يكون له شاهد في محل المكتوب اليه ويكتب في الدين المؤجل وبين الاجل ليطالبه اذا حل هناك ولو قال استوفى غريمي دينه أو أبرأني منه وأقام عليه يئنة وأنا أريد أن أقدم البلدة التي هو فيها وأخاف أن يأخذني به فعند محمد يكتب وعند أبي يوسف لا يكتب وأجمعوا أنه لو قال بخدي الاستيفاء أو البراءة يكتب وكذا اذا ادعى أن الشفعة الغائب سلم الشفعة وأقام يئنة وطلب أن يكتب له هل يكتب هو على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد وكذا امرأه ادعت البطلاق على زوجها الغائب وأشهدت وطلبت الكتاب هو على الخلاف أيضا ولو قالت طلقني ثلاثا وانقضت عدتي وتزوجت بآخر وأخاف أن ينكر الطلاق فأحضرنه وقالت للقاضي سلمه حتى اذا أنكرا أتت عليه اليئنة فالقاضي يسأله بلا خلاف والقياس في الكل سواء وهذا احتياط

(فصل آخر) (قوله) ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص وقال الأئمة الثلاثة لا يجوز لان المرأة ناقصة العقل ليست أهلا للخصومة مع الرجال في محافل الخصوم قال صلى الله عليه وسلم

(الخ) قضاء المرأة جائز عندنا في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها

قال المصنف (بخلاف ما اذا كتب ابتداء الخ) أقول قال ابن الهمام في شرح قوله ولا يقبل الكتاب الخ وأجازها أبو يوسف أيضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم أه

(فصل آخر) (قوله) والاولى أن يجعل هذا فصلا آخر الى قوله وهذا فصل آخر) أقول نعم هذا فصل آخر في أدب القاضي لكن الفصل بين الفصلين بباب كتاب القاضي الى القاضي بدون أن يورده عقيب الفصل الاول يحتاج الى سبب وذلك ما قاله صاحب النهاية

وقد مر الوجه أي في أول أدب القاضي أن حكم القضاء يستقي من حكم الشهادة لأن كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان من أهل الشهادة يكون أهلاً للقضاء وهي أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهي أهل للقضاء في غيرهما وقيل أراد به ما مر قبل بخطوط من قوله لأن فيه شبهة البدلية فإنه يدل على أن ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر قيمها وشهادتها كذلك كما ينبغي عوقباً ودام استفاد من شهادتها (وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء) (٤٨٦) بعذرو بغيره (الآن يفوض إليه ذلك لأنه قلد القضاء دون التقليديه) أي

وقد مر الوجه (وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء الآن يفوض إليه ذلك) لأنه قلد القضاء دون التقليدي به فصار كوكيل الوكيل بخلاف الأمور بإقامة الجمعية حيث يستخلف لأنه على شرف الفوات لتوقته فكان الأحرى به أن يابا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني بحضور من الأول أو قضى الثاني فأجاز الأول جاز كما في الوكالة

بالقضاء (فصار كوكيل) لا يجوز له التوكيل إذا فوض إليه ذلك (بخلاف الأمور بإقامة الجمعية حيث يجوز له أن يستخلف لأن أداء الجمعية على شرف الفوات لتوقته) بوقت يفوت الأداء بانقضائه (فكان الأمر به من الخليفة إذا نه بالاستخلاف دلالة) لكن اغما يجوز إذا كان ذلك الغير سمع الخطبة منهم من شرائط افتتاح الجمعية فلما افتتح الأول الصلاة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد لها جاز لأن المستخلف بان لا مفتتح واعترض عن أفسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعية فإنه جائز وهو مفتتح في هذه الحالة لم يشهد الخطبة وأجيب بأنه لما صح شروعه في الجمعية وصار خليفة للأول التحق بمن شهد الخطبة وأرى أن الحاقه بالباقي لتقديم شروعه في تلك الصلاة أولى فتأمل (قوله ولا كذلك القضاء) أي ليس القضاء كالجمعية لأنه غير موقف بوقت يفوت بالتأخير عند العذر فمن أدن بالجمعية مع علمه أنه قد يعرض له عارض يمنعه من أدائها في الوقت فقد رضى بالاستخلاف

أن يفلح قوم ولوا أمرهم أمر أهرواه البخاري قال المصنف (وقد مر الوجه) يعني وجه جواز قضائهم وهو أن القضاء من باب الولاية كالشهادة والمرأة من أهل الولاية وقيل هو قوله قبل لأن فيه شبهة البدلية ولا ينبغي أن هذا النما يخص وجه استثناء الحدود والقصاص والأحسن أن يجعل كلاهما والمصنف لم ينصب الخلاف ليجتاز إلى الجواب عن الدليل المذكور والجواب أن ما ذكر غاية ما يفيد منع أن تستقضى وعدم حله والكلام فيما زولت وأتم المقلد بذلك أو حكمها خصمان فقضت قضاء موافقاً للدين الله أ كان ينفذ أم لا لم ينتهز الدليل على نفيه بعد موافقته ما أنزل الله الآن ثبت شرعاً على أهلها وليس في الشرع سوى نقصان عقله أو معلوم أنه لم يصل إلى حد سلب ولا يمتأ بالكسبة ألا ترى أنها نصح شاهدته وناظرة في الأوقاف ووصية على اليتامى وذلك النقصان بالنسبة والاضافة ثم عومل منسوب إلى الجنس فجاز في الفرد خلافه ألا ترى إلى تصريحهم بصدق قولنا الرجل غير من المرأة مع جواز كون بعض أفراد النساء خيراً من بعض أفراد الرجال ولذلك النقص الغير يربى نسب صلى الله عليه وسلم لمن يوليه من عدم الفلاح فكان الحديث متعرضاً للمولين ولهن بنقص الحال وهذا حق لكن الكلام فيما لو وامت فقضت بالحق لماذا يبطل ذلك الحق (قوله وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء) في صحة ولا مرض (الآن يفوض ذلك إليه) فبذلك كما أنه إذا صرح فيه بالتمنع يمنع منه وهذا (لأنه قلد القضاء دون التقليدي به فصار كوكيل) ليس له أن يوكل (بخلاف الأمور بإقامة الجمعية حيث) جاز له أن (يستخلف) لأنه لتوقته بحيث لو عرض في وقته ما يمنعه كان لا إلى خلف ومعلوم أن الإنسان غرض للأعراض فكان المولى له أن ينفذ في استخلافه دلالة بشرط أن يكون المستخلف سمع الخطبة أما إذا لم يكن سمعها فلا لأنها من شرائط افتتاح الجمعية بخلاف ما لو سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة حيث يجوز لأن الأمور هناك بان وليس بمفتتح وخطبة شرط الاقتراح وقد وجد في حق الأصل وإذا وافد ها هذا الخليفة واستفتح يجوز أن لم يشهد الخطبة لأن شروعه فيها صحيح وبهذا الشرع التحق بمن شهد الخطبة حكماً وبخلاف المستعير فإن له أن يعير بشرطه لأنه يملك المنافع لنفسه فكان له تعليمها بخلاف ولاية القضاء فاعلم أي اذن في أن يعمل لغيره وهذا ما قالوا من قام مقام غيره لغيره لا يكون له إقامة غيره مقام نفسه ومن قام مقام غيره لنفسه كان له وبخلاف الوصي يملك الإيصاء والتوكيل بطريق الدلالة أيضاً لأن ثبوتها بعد الموت ورعا يجرى الوصي عن الماسة بنفسه والموصى قد مات فلا يمكن رجعه إلى رأيه فتضمن الإيصاء الأذن بالاستخلاف وقوله (ولو قضى الثاني بحضور من الأول أو قضى) بغيبته فبلغه (فأجاز جاز كما في الوكالة) إذا وكل الوكيل غيره فتصرف بحضوره

بخلاف القضاء (فلو) فرضنا أنه استخلف و (قضى الثاني بحضور من الأول أو قضى الثاني) عند غيبه الأول (فأجاز الأول) أو جاز إذا كان من أهل القضاء (كافي الوكالة) فإن الوكيل إذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بحضور الأول أو أجاز الأول جاز

(قوله وقيل أراد به الخ) أقول القائل صاحب النهاية وفيه تأمل قال المصنف (بخلاف الأمور بإقامة الجمعية) أقول قال في الكافي مطلقاً أي مطلقاً عن الأذن بالاستخلاف



وقوله (لانه حضره رأى الاول) يصلح عليه الاستئذان أما في هذه المسئلة فلان الخليفة رضى بقضاء حضره رأى القاضى وقت نفوذه  
لاعمداده على علمه وعمله والحكم الذى حضره القاضى أو أجاز قضاء حضره رأى القاضى فيكون راضيا به وأما في الركلة فسيجيى في  
كتاب الركلة قبل الاذن في الابتداء كالأجازة في الانتهاء فلم يختلفا في الجواز وعدمه وأجيب بالمنع فان البقاء أسهل من الابتداء وأن  
الحكم الذى أذن له القاضى به في الابتداء قضاء لم يحضره رأى القاضى وكان رضا الخليفة بتولية القاضى مقبدا به (قوله وإذا فوض  
اليه يملكه) أى إذا نال الخليفة للقاضى ول من شئت كان له أن يولى غيره (فمصر الثانى نائباً عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله) لانه صار  
قاضياً من جهة الخليفة فلا يملك الاول عزله الآن بقول واستبدل من شئت فملك الاول عزله وعذاباً على أن أمر القاضى لا يتعدى  
الى غيره مافوض اليه فإذا قال الخليفة ول من شئت واقصر على ذلك كان أمره بالتولية والعزل خلافه وإذا أضاف الى ذلك واستبدل  
من شئت كان أمر الله به ما فكان له فإذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضى القضاة كان اذناً بالاستخلاف والعزل دلالة لان قاضى القضاة  
هو الذى يتصرف فى القضاة تقليداً وعزلاً كذا فى الذخيرة قيل ما الفرق بين الوصى والقاضى فان كلاهما مافوض اليه من جهة الغير  
والوصى يملك التفويض الى غيره ولو كيلاً وإيضاء وأجيب بأن أو أن وجوب الوصاية ما به الموت وقد يعجز الوصى عن الجرى على موجب  
الوصاية ولا يمكنه الرجوع الى الموصى فيكون الموصى له راضياً باستعانته بغيره ولا كذلك القضاء وقيل القاضى يملك التوكيل والإيضاء  
ولا يملك التقليد والتعليل المذكور فى التقليد يجرى فيه ما وأجيب بأن المقلد (٤٨٧) يفعل ما لا ينعله الوكيل والوصى

فكون توقع الفساد فى  
القضاء أكثر قال (وإذا  
رفع الى القاضى حكم ما حكم  
أمضاه الخ) اذا تقدم رجل  
الى قاض وقال حكم على  
فلان القاضى بكذا وكذا  
نفذه ان لم يكن مخالفاً  
للكتاب كالحكم بحل  
متروك التسمية عند فائه  
مخالف لقوله تعالى ولا  
تأكلوا مما يذكركم اسم الله  
عليه أو السنة أى المشورة  
كالحكم بحل المطلقة ثلاثاً  
للزواج الاول بمجرد النكاح

وهذا لانه حضره رأى الاول وهو الشرط وإذا فوض اليه يملكه فيصير الثانى نائباً عن الاصيل حتى لا يملك  
الاول عزله الا اذا فوض اليه العزل هو الصحيح قال (وإذا رفع الى القاضى حكم ما حكم أمضاه الآن  
يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع بأن يكون قولاً لادليل عليه وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه  
الفقهاء فقهى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه)

أو بغيره فأجازته نفذ (لانه حضره رأى الاول وهو الشرط) فانه المقصود بتوكيله وتحقيق حاله  
أنه فوض لى ابتداءه وكيلاً وانتهاء ولا يمتنع اذ قد يجوز فى الانتهاء والبقاء ما لا يجوز فى الابتداء خصوصاً وقد  
فرض زوال المانع من الصحة فى الابتداء وهو كونه ليس مما حضره رأيه (وإذا فوض اليه)  
الاستخلاف (يملكه فيصير الثانى نائباً عن الاصيل) يعنى السلطان (حتى لا يملك الاول عزله) الا اذا  
كان المقلد قال له ول من شئت واستبدل من شئت فمضى ذلك عزله أو قال جعلتك قاضى القضاة فان  
قاضى القضاة هو الذى يتصرف فيهم مطلقاً تقليداً وعزلاً وفيه خلاف الشافعى وأحمد (قوله وإذا رفع  
الى القاضى حكم ما حكم أمضاه الآن يخالف الكتاب أو السنة (المشورة) أو الاجماع بأن يكون قولاً  
لادليل عليه) وفى بعض نسخ القدورى أو يكون قولاً الخ (وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء  
فقهى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه) قالوا انما أعاده لان فى عبارة الجامع فائدتين

بدون اصابة الزوج الثانى فان اشتراط الدخول ثابت بحديث العسيلة وقد ذكرناهما فى التقرير على ما ينبغى أو الاجماع كالحكم بطلان  
قضاء القاضى فى المجتهد فيه أو يكون قولاً لادليل عليه قيل كما اذا مضى على الدين سنون فحكم بسقوط الدين عن عليه لتأخير المطالبة  
فانه لا دليل شرعى يدل على ذلك وفى بعض النسخ بأن يكون وهو تعليل للاستثناء فكأنه يقول عدم تنفيذه اذا كان مخالفاً لادلة  
المذكورة بسبب أن يكون قولاً بلا دليل وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقهى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك  
أمضاه وفيه فائدتان احدهما أنه قيد بالفقهاء اشارة الى أن القاضى اذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد لا ينفذه  
الرفوع اليه على قول العامة كذا فى الذخيرة

(قوله وان الحكم الذى الخ) أقول التعويل على الجواب الثانى (قوله فيكون الموصى له راضياً) أقول كى لا تفوت مصالحه (قوله  
وقيل القاضى يملك الخ) أقول المذكور فى الفتاوى ان القاضى لا يملك نصب الوصى اذا لم يكن ذلك مكتوباً فى منشوره فلا يحتاج الى الفرق  
(قوله والتعليل المذكور الخ) أقول يعنى قوله لأنه قد قلد القضاء دون التقليد (قوله وهو تعليل للاستثناء) أقول فيه بحث بل هو  
احتراز عن الاحكام المخالفة للكتاب أو السنة أو الاجماع لكنهم مستندة الى دليل قوى من تلك الثلاثة أيضاً قال فى الكافى بأن يكون  
قولاً لادليل عليه أى لادليل يعتمد عليه اه فتأمل (قوله اذا لم يعلم الخ) أقول أنت خير بأنه لا دلالة فى عبارة الجامع على كونه  
علماً بالاستخلاف انما مفاده ان ما اختلف الفقهاء فيه فى نفس الامر فقهى القاضى بذلك الذى اختلف فيه عالمياً بأنه محتلف فيه أولاً فإنه  
أعم من كونه عالمياً من رعا يفيد كون الثانى عالمياً بالخلاف وليس الكلام فيه بل فى القاضى الاول فتأمل

ليست في القدروري احدا من اتقيدهم بالفتواء أفاد أنه لو لم يكن عالما بالخلاف لا ينفذ قال شمس الأئمة وهو  
ظاهر المذهب وعليه الأكثر والثانية التقيدهم بكون القاضي يرى غير ذلك فان القدروري لم يتعرض لهذا  
فيتمهل أن يكون مراده انه اذا كان رآه في ذلك موافقا لحكم الأول أمضاه وان كان مخالفا له لا ينفذه  
فأبانت رواية الجامع أن الامضاء عام فيما سوى المستثنيات سواء كان ذلك مخالفا لرأيه أو موافقا بعينه  
بالطريق الأولى ولا يخفى أنه لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالما بالخلاف وانما مقادير ما يختلف فيه  
الفقيه في نفس الامر فقتضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالما بأنه يختلف فيه أو غير عالم فانه أعم  
من كونه عالما به جاء قاض آخر يرى خلاف ذلك الذي حكم به هذا أمضاه فربما يفسد أن الثاني عالم  
بالخلاف وليس الكلام فيه فان هذا هو المنفذ والكلام في القاضي الأول الذي ينفذ هذا إلا خرجه  
وليس فيه دليل على أنه كان عالما بالخلاف بطريق من طرق الدلالة نعم في الجامع التخصيص على أنه ينفذ  
وان كان خلاف رأيه وكلام القدروري يفيد أيضا فانه قال اذا رفع اليه حكم حاكم أمضاه وهو أعم  
ينظم ما اذا كان موافقا لرأيه أو مخالفا وانما في الجامع النصوصية عليه اذا كان مخالفا وقوله الآن  
يخالف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد ومنه يعلم كون المحل مجتهدا فيه حتى تجوز مخالفته أولا  
فشرط حمل الاجتهاد أن لا يكون مخالفا للكتاب أو السنة يعني المنهورة مثل البيعة على المدعي  
واليمين على من أنكر فلو قضى بشيء دوين لا ينفذ ويوقف على امضاء قاض آخر ذكره  
في أقضية الجامع وفي بعض المواضع تنفذ مطلقا ثم يراد بالكتاب المجمع على مراده أو ما يكون مبدول  
لقظه ولم يثبت نسخه ولا تأويله بدليل مجمع عليه فالأول مثل حرمت عليكم أمهاتكم الآية لو قضى قاض  
بحمل أم امرأته كان باطلا لا ينفذ والثاني مثل ولانا كأولنا لا ينفذ كراسم الله عليه ولا ينفذ الحكم بحمل  
متروك التسمية عند هذا لا يضبط فان النص قد يكون مؤولا فيخرج عن ظاهره فاذا منعناه بحجاب  
بأنه مؤول بالمذبح للانصاب أيام الجاهلية فيقع الخلاف في أنه مؤول أو ليس بمؤول فلا يكون حكم أحد  
المتأخرين بأنه غير مؤول قاضيا على غيره منع الاجتهاد فيه نعم قد يترجح أحد القولين على الآخر بثبوت  
دليل التأويل فيقع الاجتهاد في بعض أقراده هذا القسم أنه ما يسوغ فيه الاجتهاد أولا ولذا اتفق نحن  
نفاذا القضاء في بعض الاشياء ويجوزونه بالعكس ولقد نقل الخلاف في الحل عندنا أيضا وان كان كثيرا لم  
يحكموا بالخلاف فتنى الخلاصة في رابع جنس من الفصل الرابع من أدب القاضي قال وأما القضاء  
بحمل متروك التسمية عند افعالهم عند أبي يوسف لا يجوز انتهى وأما عدم تسويغ الاجتهاد بكونه  
مخالفا للاجماع وسواء كان ذلك على الحكم أو على تأويل السمي أو ينفذ عدم تسويغ فقهاء العصر  
اجتهاده وذلك مثل اجتهد ابن عباس رضي الله عنهما في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه  
فلو قضى به قاض لا ينفذ حتى روي انه رجع عنه وهذا هو اد المصنف بقوله وفيما اجمع عليه الجمهور  
لا يعتبر مخالفة البعض ولا يعني انه لا يعتبر في انعقاد الاجماع بل لا يعتبر في جواز الاجتهاد ولم يرد  
بالعض مادون النصف أو مادون الكل بل الواحد والاثنين واللام يعتبر قضاء في محل مجتهد فيه أصلا  
أدما من محل اجتهد الا واحد الفريقين أقل من الفريق الآخر لا يضبط تساوي الفريقين ولذا لم يتأخر  
قط الاجماع لابن عباس وشيوخه وهو خلاف رجل واحد فالمراد اذا اتفق أهل الاجماع على حكم  
نخالفهم واحد لا يصير المحل بذلك محل اجتهاد حتى لا ينفذ القضاء بقول ذلك الواحد في مقابلة قول الباقيين  
ثم هذا أعم من كونهم سوغوا الاجتهاد ذلك أولا والذي صححه شمس الأئمة واختاره أن الواحد المخالف  
ان سوغوا له الاجتهاد لا يثبت حكم الاجماع وان لم يسوغوا الا يصير المحل مجتهدا في نفسه قال واليه أشار  
أبو بكر الرازي لان ذلك كما قال المصنف خلاف لا اختلاف ثم قال المصنف المعبر الاختلاف في الصدر  
الأول يعني أن يكون المحل محل اجتهاد لتحقيق الخلاف فيه بين الصحابة وقد يحتمل بعض العبارات ضم

والثانية أنه قيد بقوله يرى  
غير ذلك إشارة إلى أن الحكم  
اذا لم يكن مخالفا لدلالة  
المذكورة ينفذ سواء كان  
موافقا لرأيه أو مخالفا  
فانه اذا نفذ وهو مخالف  
لرأيه فقيموا نفسه أولى  
ورواية القدروري ساكنة  
عن القائدين جميعا

(قوله ورواية القدروري  
الخ) أقول عبارة القدروري  
أعم تتناول ما اذا كان  
موافقا لرأيه أو مخالفا  
رأيه في عبارة الجامع الا  
التخصيص على ما اذا كان  
مخالفا ويعلم حال الموافقة  
بالاولوية كاذ كرها لانه  
لا يثبت بهذا القدر اولوية  
عبارة الجامع من عبارة  
القدروري فتدبر

التابعين وعليه قرع الخلاف ان للقاضي أن ينقض القضاء ببيع أم الولد لانه مخالف لاجماع التابعين وقد حكى في هذا الخلاف عندنا فقيل هذا قول محمد أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فيجوز قضاؤه ولا يفسخ وفي النوازل عن أبي يوسف لا ينقض القضاء به فاختلفت الرواية عن أبي يوسف وقال شمس الأئمة السرخسي هذه المسئلة تنبئ على أن الاجماع المتأخري رفع الخلاف المتقدم عند محمد وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يرفع يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعهن فمن على الجواز وعمر وغيره على منعه ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيعهن فكان قضاء القاضي به على خلاف الاجماع عند محمد فيبطله الثاني وعندهم ما لم يرفع اختلاف الصحابة وقع في محل الاجتهاد فلا ينقضه الثاني ولكن قال القاضي أبو زيد في التوقيم ان محمد اذ روى عنهم جميعا أن القضاء ببيع أم الولد لا يجوز فقد علمت ما هنا من تشعب الاختلاف في الرواية وبناء على اشتراط كون الخلاف في المصدر الاول في كون المحل اجتهاديا قال بعضهم ان للقاضي أن يبطل ما قضى به القاضي المالكي والشافعي برأيه يعني انما يلزم اذا كان قول مالك أو الشافعي وافق قول بعض الصحابة أو التابعين المختلفين فلا ينقض باعتبار أنه مختلف بين المصدر الاول لا باعتبار أنه قول مالك والشافعي فلو لم يكن فيما أقول المصدر الاول بل الخلاف مقتضب فيها بين الامامين للقاضي أن يبطله اذا خالف رأيه وعندى أن هذا لا يعول عليه فان صح ان مالكا وأبا حنيفة والشافعي مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهاديا والافلا ولا شك أنهم أهل اجتهاد ورفعة ولقد نرى في أثناء المسائل جعل المسئلة اجتهادية بخلاف بين المشايخ حتى ينقض القضاء بأحد القولين فكيف لا يكون كذلك اذا لم يعرف الخلاف الا بين هؤلاء الأئمة يؤيده ما في الذخيرة عن الحلواني أن الأب اذا خلع الصغيرة على صداقها ورأه خيرا لها بان كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فان على قول مالك يصح ويحول الصداق عن ملكها ويبرأ الزوج عنه فاذا قضى به قاض نفذ وفي حيز من حاج الشريعة عن مالك فيمن طلقها قضى عليها ستة أشهر لم ترد ما فاتها تعتد بعده بثلاثة أشهر فاذا قضى بذلك قاض ينبغي أن ينقض لانه مجتهد فيه الا أنه نقل مثله عن ابن عمر قال وهذه المسئلة يجب حفظها لانها كثيرة الوقوع ثم ذكر في المنتقى أن العبرة بكون المحل مجتهدا فيه اشتباه الدليل لاحقيقة الخلاف قال ألا ترى أن القاضي اذا قضى بإبطال طلاق المكره نفذ لانه مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل اذا اعتبار الطلاق بإثر تصرفاته ينقي حكمه وكذا الوقضى في حد أو قصاص بشهادة رجل واحد أو اثنين ثم رفع الى قاض آخر يرى خلاف ذلك ينقضه وليس طريق القضاء الاول كونه في مختلف فيه وانما طريقه ان القضاء الاول حصل في موضع اشتباه الدليل لان المرأة من أهل الشهادة اذ ظاهر قوله تعالى في رجل واحد أو اثنين يدل على جواز شهادتهما مع الرجال مطلقا وان وردت في المداينة لان العبرة لعموم اللفظ ولم يرد نص قاطع في ابطال شهادة النساء في هذه الصورة ولو قضى بجواز نكاح بلا شهود نفذ لان المسئلة مختلف فيها في المال وعثمان التي يشترطان الاعلان والشهود وقد اعتبر خلافهما لان الموضوع موضع اشتباه الدليل اذا اعتبار النكاح بإثر تصرفات يقتضى أن لا تشترط الشهادة انتهى ولا يخفى انه اذا كانت معارضة المعنى للدليل السمي النص توجب اشتباه الدليل فيصير المحل محل اجتهاد ينقض القضاء فيه فكل خلاف بين الشافعي ومالك أو بيننا وبينهم أو أحدهم محقق اشتباه الدليل حينئذ اذا لا يخلو عن مثل ذلك فلا يجوز نقضه من غير توقف على كونه بين المصدر الاول ولا بأس بذكر مواضع نص فيها أهل المذهب بعينها اذا قضى القاضي بالقصاص بخلاف المدعى أن فلا نافذة له وهناك لوث من عداوة ظاهرة كقول مالك لا ينقض بخلاف السنية المشهورة بالبينة على المدعى واليمين على من أنكر مع أن معه ظاهرا في حديث حميدة وحويصة نذكره في القسامة ان شاء الله تعالى رب العالمين ولو قضى بحل المطابقة ثلاثا بغير رد عقد الثاني بلا دخول كقول سعيد بن المسيب لا ينقض ذلك أيضا وهو

(والاصل) في تنبيه القاضى ما رفع اليه اذ لم يكن مخالفا لادلة المذكورة (ان القضاة متى لاقى نصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرد عليه لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول) في ان كلامه لا يستلزم الخطأ (وقد ترجح الاول باتصال القضاة فلا يتنقض عما دونه) درجة وهو ما لم يتصل القضاة ولقاتل ان يقول القضاة (٤٩٠) في المجتهد فيه متفرع على رأى المجتهد فكيف يصح الفرع من جملة الامار

والاصل ان القضاة متى لاقى نصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرد عليه لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاة فلا يتنقض عما دونه (ولو قضى في المجتهد سند فيه مخالفا لآية

حديث العيلة وفي السير من الجامع الكبير اذا قضى ان الكفار لا يعلمون ما استولوا عليه لا ينفذ لانه لم يثبت في ذلك اختلاف الصحابة ولو قضى بشهادة الزوج لوجه نفذ وفي الفصول نقلا عن فتاوى رشيد الدين الزوج الثاني اذا طلقها بعد الدخول ثم تزوجها فاني اوهى في العدة ثم طلقها قبل الدخول فتزوجها الاول قبل انقضاء العدة وحكم الحاكم بجهة هذا السكاح ينفذ لان اجتهاد فيه مساغا وهو صريح ثم طلقتموه من قبل ان تمسوهن فالكلم عليهن من عدة تعدونهن او هو ايضا مذهب زفر ولو قضى في المأذون في نوع انه ما ذون فيه فقط كذهب الشافعي بصير متفقا ولو قضى بنصف الجهاز فمين طلقت قبل الدخول وقد قبضت المهر فتحيزن لا ينفذ لانه خلاف الجمهور وينفذ القضاء بجواز بيع المدير ولو قضى بعدم جواز عفو الزوجة عن دم العمد بناء على قول البعض انه لا حق لها في القصاص لا ينفذ ولو رزى بأم امرأته فقهى باقرار البنت معه نفذ وحكي في الفصول فيما اذا رزى بامرأة ثم تزوج بنته فقهى بجوازه خلافا عند أبي يوسف لا ينفذ لانه عليه وعند محمد يجوز ونجعة السلم في الحيوان ينفذ وينفذ بالفرعة في رقيق أعتق الميت واحد منهم وبالشهادة لآية وعكسه ينفذ عند أبي يوسف ولا ينفذ عند محمد وبالشهادة على الشهادة فيمادون مدة السفر نفذ وبشهادة شهود على وصية مخمومة من غير أن يقرأها عليهم الميت أمضاه الآخر وبجهة السكاح الموقت بأيام نفذ ولو عقد أم وقتا لم ينفذ المتعة مخمومة ينفذ بنفسك عشرة أيام لا ينفذ ولو قضى برزوجه بالعيوب من العمى والجنون نفذ لان عمر رضى الله عنه يقول ردها بالعيوب الخمسة وكذا بجهة رد الزوجة له ولو قضى بسقوط المهر بالتقدم بلاقرار ولا ينفذ ينفذ وكذا اذا قضى أن لا يؤجل العنين هذا في القضاء بالمجتهدي فيه أما اذا كان نفس القضاء مجتهدا فيه فهذه فريعات منه وأصله ان الخلاف اذا كان في نفس القضاء الواقع توقف على امضاء قاض آخر فان أمضاه ليس الثالث نقضه لان قضاء الثاني هو الذي وقع في مجتهدي فيه أعني قضاء الاول وعليه فرع اذا قضى بالجر على المفسد الفساد لا ينفذ لانه تحقيق الخلاف في القضاء فوقف على امضاء قاض آخر وقبل أن يرضيه الثاني نقضه لانه ليس قضاء في مجتهدي فيه وكذا لو قضى لأمر أنه بشهادة رجلين فالقاضي الثاني مخير بين أن يجيزه أو يرده لان الخلاف وقع في نفس القضاء ومنه ما لو قضى بالحدود أو الأعيان وأما قضاء السلطان في أمر فالأصح انه ينفذ وقيل لا ينفذ فعلى القول بأنه لا ينفذ يحتاج في نفاذه الى أن ينفذه قاض آخر وقيل في مسألة الجحر في صحة نقض الثاني أن قضاء الاول ليس بقضاء لعدم المقضى له وعليه نفذ قضاء الثاني باطلا لاقه عن الجحر (قوله والاصل) حاصله توجيهه أن القاضي الثاني ينفذ خلاف رأيه في المرفوع اليه وهو أن اجتهاد الثاني في البطلان كاجتهاد الاول في الصحة مثلا فتعارض اجتهاداهما وترجح الاول باتصال القضاة فلا يتنقض الثاني باجتهاده ودونه (قوله ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لآية

وعكن أن يجاب عنه بأن الفرع لا يصلح مرجحا لاساره من حيث هو منه أو مطلقا والثاني ممنوع فانه يجوز أن يكون مرجحا لاصاله من حيث بقاء الاصل عند وجود ما رفعه من أصل بالفرع اذا لشيء المساوى لشيء في القوة لا يرفع ما مساويه فيها مع شي آخر والاو مسلم وليس الكلام فيه ويؤيده ما روى عن عمر رضى الله عنه انه لما شغله أشغال المسلمين استمعان يزيد ابن ثابت رضى الله عنه فقهى زيد بن رجلين ثم لقي عمر رضى الله عنه أحدا الخصمين فقال ان زيدا قضى على يأ أمير المؤمنين فقال له عمر لو كنت لقضيت لك فقال ما عنك يا أمير المؤمنين الساعة فاقضى لي فقال عمر لو كان هناك آخر اقضيت لك ولكن ههنا رأى والرأى مشترك (ولو قضى القاضي في المجتهد فيه مخالفا لآية

(قوله لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول الخ) أقول وفيه ان اعتقادنا المذهب

الغير انه خطأ يحتمل الصواب ومذهبنا صواب

يحتمل الخطأ فلا يكون الثاني كالاول عندنا (قوله ويؤيده ما روى عن عمر الخ) أقول قال الزبلي وقد صح ان عمر لما كثرت أشغاله قلنا القضاء بأب الدرداء وساق القصة

نائب المذنبه نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا فقيه روايتان) وجه النفاذ أنه ليس بخطا  
يقين وعندهما لا يتقد في الوجهين لأنه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى

نائب المذنبه نفذ عند أبي حنيفة) رواية واحدة (وان كان عامدا فقيه روايتان) عنه (وجه  
النفاذ أنه ليس بخطا يقين) لأن رأيه يعمل الخطا وان كان الظاهر عنده الصواب ورأى غير محتمل  
الصواب وان كان الظاهر عنده خطأ فليس واحدا منهم ما خطأ يقين فكان حاصلا قضاء في محل مجتهد فيه  
فينفذ وجه عدم النفاذ ان قضاءه مع اعتقاده انه غير حق عبث فلا يعتبر كمن اشتبهت عليه القبلة فوقع  
شربه الى جهة فصلى الى غير هالايصح لا عقاده خطأ نفسه فكذا هذا وبه أخذ شمس الأئمة الاوزجندى  
وبالاول أخذ الصدر الشيرازي وفرع بعضهم عليه أن ما يفعله القضاء من الاربع الى شافعي ليحكم بطلان  
اليمين المضافة لا يجوز الا بشرط كون القاضي المرسل يرى بطلانه كالشافعي والا كان مقلدا لغيره ليقول  
ما هو الباطل عنده وهو باطل قال الشيخ أبو المعين هذا خلاف ما عليه السلف فانهم كانوا يتقلدون القضاء  
من الخلفاء ويرون ما يحكمون به نافذا وان كان مخالفا لأى الخلفاء انتهى وأؤكد الامور في هذا حكم شريح  
بما يخالف رأى على كثير وهو يعلم وبواقفه كما علم في رده شهادة الحسن له وعمر قبله فقبل صح عن عمر  
رضي الله عنه انه قلدا بأل الرداء القضاء فاختصم اليه رجلان فقضى لاحدهما ثم لقي المقضى عليه عمر  
فسأله عن حاله فقال قضى على فقال لو كنت مكانه قضيت لك قال فما عنك فقال عمر ليس هناك رأي  
مشترب وغير ذلك وتحقيقه أن القاضي المرسل يقطع بأن ما يفعله القاضي المرسل اليه ما مور به من عند  
الله فظنه بطلانه معناه ظنه عدم مطابقة حكم الله الثابت في نفس الامر لكن القاطع بأن المكلف به  
منه تعالى ليس اصابة ذلك بل العمل بظنونه وان خالف حكمه تعالى فقد أوجب عليه أن يعمل بخلاف  
حكمه تعالى فكان ارسال الخلفي اليه ارسالا لأن يحكم بما أمره الله تعالى ولا جناح عليه في ذلك مع علمه  
ان الله حوزله أن يقول هذا القول وان يعمل به من اقامه أو حكم به عليه واقصا المصنف على وجه  
النفاذ دليل انه المرجح عنده هذا عند أبي حنيفة (وعندهما لا يتقد في الوجهين) يعني وجه النسيان  
والحمد (لانه قضى بما هو خطأ عنده) وقد تضمن وجه أبي حنيفة جوابه بيسير تأمل ومع ذلك ذكر المصنف  
كصاحب المحيط الفتوى على قولهما وذكر في الفتاوى الصغرى أن الفتوى على قول أبي حنيفة فقد  
اختلف الفتوى والوجه في هذا الزمان أن يبقى بقولهم لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله الا لهوى باطل  
لا قصد جميل وأما الناسي فلان المقلد ما قلده الا يحكم بمذهبه لا بمذهب غيره وهذا كله في القاضي  
المجتهد فأما المقلد فأنما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة مثلا فلا يعلى الخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى  
ذلك الحكم هذا وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الاقدام على القضاء بخلاف مذهب وقال وجه  
من قال بالجواز أن القاضي ما مور بالمساورة وقد تقع على خلاف رأيه وجه المنع قوله تعالى وأن  
احكم بينهم بما أنزل الله الآية واتباعه غير رأيه اتباع هوى غيره والوجه الصحيح أن المجتهد ما مور بالعمل  
بمقتضى ظنه اجاعا وهذا بخلاف مقتضى ظنه وعم له هنا ليس الاضاؤه بخلاف المرسل الى من يرى  
خلاف رأيه ليحكم هو فانه لم يحكم فيه بشئ هذا ومن تممة اليمين المضافة انه اذا فسح اليمين المضافة  
بعد الزوج لا يحتاج الى تجديد العقد ولو وطئ الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسح حكمي عن برهان  
الائمة يكون الوطء حلالا ولو كانت اليمين كل امرأة تزوجها فتزوج امرأه وفسخت اليمين ثم تزوج  
بأخرى هل يحتاج الى الفسخ في كل امرأه ذكر فيه خلاف عند أبي يوسف يحتاج وعند محمد لا وفي  
المنتقى ذكر أن عند أبي حنيفة يحتاج وعند أبي يوسف لا يحتاج واختلف فيه المشايخ أيضا وحيلة  
أن لا يحتاج في كل امرأه أن يقضى القاضي عند تزوج امرأه بطلان اليمين الواقعة مطلقا من  
غير فقه سد فسحتها في حق تلك المرأة وسند ذكر في أمر الفتوى فيها كلاما آخر في باب التحكيم

أيضا بطريق الاولى (أنه  
ليس بخطا يقين) لكونه  
مجتهدا فيه وما هو كذلك  
فالحكم به نافذ كعادة  
المجتهدات ووجه عدمه  
أنه زعم فساد قضائه  
وهو مؤاخذ بزعمه (وقال  
أبو يوسف ومحمد رحمه  
الله لا يتقد في الوجهين  
لانه قضى بما هو خطأ  
عنده) فيعمل به زعمه  
قال المصنف (وعليه  
الفتوى)

قال المصنف ( وان كان  
عامدا فقيه روايتان)  
أقول قال النسفي في  
الكافي وفي الصغرى اذا  
قضى في محل الاجتهاد  
وهو لا يرى ذلك بطل يرى  
خلافه ينفذ عند أبي  
حنيفة وعليه الفتوى  
اه قال ابن الهمام الوجه  
في هذا الزمان أن يفتي  
بقولهما لان التارك  
لمذهبه عمدا لا يفعله  
الا لهوى باطل لا لقطر  
جميل ثم قال وأما الناسي  
فلان المقلد ما قلده  
الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب  
غيره وهذا كله في القاضي  
المجتهد وأما المقلد فأنما  
ولاه ليحكم بمذهب أبي  
حنيفة مثلا فلا يعلى  
الخالفة فيكون معزولا  
بالنسبة الى ذلك الحكم  
اه ( قوله بطريق



قال (ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا لما ذكرنا) لما ذكرنا أن حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض أراد أن بين المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفا لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والاجماع فاذا حكم الحاكم بخلاف ذلك ورفع إلى آخر لم ينقضه بل يبطله حتى لو نقض ثم رفع إلى قاض ثالث نقض لانه باطل وضال وباطل لا يجوز عليه الاعتماد بخلاف المجتهد فيه فانه اذا رفع إلى الثاني نقضه كإمام فان نقضه فرفع إلى ثالث فانه ينقض القضاء الاول ويبطل الثاني لان الاول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ بالاجماع والثاني مخالف للاجماع ومخالف الاجماع باطل لا ينقض والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى ولا تسكوا ما نكح آبؤكم من النساء فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزويج امرأة الأب وجاريته التي وطئها الأب فلو حكم الحاكم بجواز ذلك نقض من رفع اليه (والمراد بالسنة المشهورة منها) كما ذكرنا (والمراد بالجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور) أي حل الناس وأكثريهم (ومخالفة البعض غير معتبرة لانه خلاف للاختلاف) فعلى هذا اذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الاكثر كان حكمه على خلاف الاجماع نقضه من رفع اليه وينبغي أن يحتمل كلام المصنف هذا على ما اذا كان الواحد المخالف عن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس في جواز ربا الفضل فانه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه أحد وانكروا عليه فاذا حكم الحاكم بجواز ذلك وجب نقضه لان الاجماع منقطع على الحرمة بدونه فاما اذا سوغ له ذلك لم ينقض الاجماع بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنهما في اشتراط حب الام من الثلث الى السدس بالجمع من الاخوة وفي اعطائهم الثلث بالجمع بعد فرض أحد الزوجين فان حكم بها حكم لم يكن مخالفا للاجماع وهذا هو المختار عند شمس الاعية وعلوه اختيار المصنف ولا يحتمل على قول من يرى ان خلاف الاقل غير مانع لان عقاده لانه ليس يصحح عند عامة العلماء (قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول) معناه ان الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا اذا حكم الشافعي أو المالكي برأيه بما يخالف (٩٩٣) رأى من تقدم عليه من الصدر الاول ورفع ذلك الى الحاكم لم يرد ذلك كان له أن ينقضه

قال (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحرير الخ) كل ما قضى به القاضي بتحريره في الظاهر أي فيما بيننا فهو في الباطن أي عند الله حرام وكذا اذا قضى باحلال لكن بشرط أن تكون الدعوى بسبب معين كسكاح أو بيع أو طلاق أو عتاق لافي الاملاك المرسلة وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور في العقود وما اذا ادعى على امرأة نكاحا وانكرت فاقام عليها شاهد زور وقضى القاضي بالنكاح بينهم محل للرجل وطؤها وحل للمرأة التمكن منه على قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الاول خلافا لمحمد وزفر والشافعي وهو قول أبي يوسف الآخر وكذا اذا ادعت على رجل وانكر ومنهما ما اذا قضى بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل أن قال بعنتي هذه الجارية أو من جهة البائع مثل أن يقول اشتريت مني هذه الجارية فانه يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهدا فيه وبالبائع بمن قيمة الجارية أو بأقل مما يتغابن فيه الناس أولا عند بعض المشايخ لان الشهادة شرط لانشاء النكاح قصدوا الانشاء ههنا ثبت اقتضاء فلا تشترط الشهادة وأن البيع بغش فاحش مبادلة ولهذا جعله العبد المأذون له والمكاتب وان لم يملك التبرع فكان كسائر المبادلات وقال بعضهم انما ثبت النكاح والبيع اذا كان القضاء بحضور من الشهود لانها شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغش لان القاضي يصير منشئا وانما يصير منشئا فيما له ولاية الانشاء وليس له ولاية البيع بغش فاحش لانه تبرع ومن الفسوخ ما اذا ادعى أحد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية واقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبائع وطؤها ومنهما ما اذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثا أو أقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطؤها ظاهرا وباطنا علم أن الزوج الاول لم يطلقها بان كان أحد الشاهدين أو لم يعلم بذلك وقالان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له ذلك الوطء لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك وأما الزوج الاول فلا يحل له الوطء عند أبي يوسف آخر وان كانت الفرقة لم تقع باطنا لان لو فعل ذلك كان زانما عند الناس فيحدونه وذكروا شيخ الاسلام أن على قول أبي يوسف الآخر يحل وطؤها سرا وعلى قول محمد يحل للاول وطؤها ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها لا يحل سواء علم الثاني بحقيقة الحال أو لم يعلم

ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحرير فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله) وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في النكاح (قوله وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريره فهو في الباطن كذلك) أي هو عند الله حرام وان كان الشهود الذين قضى بهم كذبة والقاضي لا يعلم ذلك (وكذا اذا قضى باحلال) يكون حلالا عند الله تعالى وان كان بشهادة الزور (وهذا) عند أبي حنيفة وهو مشروط بما (اذا كانت الدعوى بسبب معين) العقود والفسوخ بشهادة الزور في العقود وما اذا ادعى على امرأة نكاحا وانكرت فاقام عليها شاهد زور وقضى القاضي بالنكاح بينهم محل للرجل وطؤها وحل للمرأة التمكن منه على قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الاول خلافا لمحمد وزفر والشافعي وهو قول أبي يوسف الآخر وكذا اذا ادعت على رجل وانكر ومنهما ما اذا قضى بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل أن قال بعنتي هذه الجارية أو من جهة البائع مثل أن يقول اشتريت مني هذه الجارية فانه يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهدا فيه وبالبائع بمن قيمة الجارية أو بأقل مما يتغابن فيه الناس أولا عند بعض المشايخ لان الشهادة شرط لانشاء النكاح قصدوا الانشاء ههنا ثبت اقتضاء فلا تشترط الشهادة وأن البيع بغش فاحش مبادلة ولهذا جعله العبد المأذون له والمكاتب وان لم يملك التبرع فكان كسائر المبادلات وقال بعضهم انما ثبت النكاح والبيع اذا كان القضاء بحضور من الشهود لانها شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغش لان القاضي يصير منشئا وانما يصير منشئا فيما له ولاية الانشاء وليس له ولاية البيع بغش فاحش لانه تبرع ومن الفسوخ ما اذا ادعى أحد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية واقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبائع وطؤها ومنهما ما اذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثا أو أقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطؤها ظاهرا وباطنا علم أن الزوج الاول لم يطلقها بان كان أحد الشاهدين أو لم يعلم بذلك وقالان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له ذلك الوطء لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك وأما الزوج الاول فلا يحل له الوطء عند أبي يوسف آخر وان كانت الفرقة لم تقع باطنا لان لو فعل ذلك كان زانما عند الناس فيحدونه وذكروا شيخ الاسلام أن على قول أبي يوسف الآخر يحل وطؤها سرا وعلى قول محمد يحل للاول وطؤها ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها لا يحل سواء علم الثاني بحقيقة الحال أو لم يعلم

(قوله لأن القاضي يصير منشئا) أقول الظاهر أن يقال منشئ (قوله لأنه تبرع) أقول أي من وجهه (قوله فاذا دخل بها لا يحل) أقول لوجوب العدة كالنكاح إذا وطئت بشبهة

قال (ولا يقضى القاضي على غائب الخ) القضاء على الغائب وله عندنا لا يجوز إلا إذا حضر من يقوم مقامه وقال الشافعي إن غاب عن البلد أو عن مجلس الحكم واستقر في البلد جاز ولا يصح في الأصح لأن في الاستتار تضيق الحقوق ودون غيره واستدل بأن ثبوت القضاء بوجود الحجّة وهي البينة فإذا وجد ثبوت الحق فيعمل للقاضي العمل بمقتضاها ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة لأن الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل الآن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة ولهذا إذا كان الخصم حاضرا وأقر بالحق لا حاجة إليها ولا منازعة إلا بعد الانكار ولم يوجد (٤٩٣) فإن قال قد علمت بالشهادة بدون

الانكار إذا حضر الخصم وسكت أجيب بأن الشرع أنزله منكرًا حلالاً لا صريحاً على الصلاح إذا الظاهر من حال المسلم أن لا يسكت إن كان عليه دين أو رفعاً لظلمه إن أراد بسكوته توقيف حال المدعي عن سماع الحجّة فكان الانكار موجوداً حكماً وإن قال سلمنا أن لا منازعة إلا بالانكار ولكنه موجود ظاهراً فيما نحن فيه فإن الأصل عدم الإقرار إذ الأصل في اليد الملك قلنا ممنوع فإن الظاهر من حاله الإقرار لأن المدعي صادق ظاهر الوجود ما بصره عن الكذب من العقل والدين فهو لا يتردد الإقرار لعقله ودينه أيضاً وإن قال لو أنكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجّة وليس كذلك قلنا إذا كانت شرطاً فاللزام منعه لأن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشرط وسيأتي له جواب آخر وإن قال وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد تظهير الحق

قال (ولا يقضى القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لوجود الحجّة وهي البينة فظهر الحق ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد للعلل والمهمسة كالبيع والنكاح والطلاق وهذه المسئلة هي التي تقدمت في النكاح المعنونة بأن القضاء بالعمود والفسوخ بشهادة الزور بغير علم القاضي نافذة عند أي حنيفة باطنا خلافاً لصاحبيه وباقي الأئمة ومن المثل ادعى رجل على امرأته نكاحاً وهي جاحدة وأقام بينة زور فقضى بالنكاح بينهما حمل المدعي وطؤها ولها التمكين خلافهم وكذا إذا ادعت نكاحاً على رجل وهو يجمعه ومنها قضى ببيع أمة بشهادة زور بأن ادعى على رجل أنه باعها منه أو أنكأه بها حتى حصل النكاح وطؤها إذا قامت البينة الزور وقضى بها وكذا في الفسوخ بالبيع والأقالة وفي الهبة روايتان ومنها ادعت أن الزوج طلقها ثلاثاً وهو ينكر فأقامت بينة زور فقضى بالفرقة فنزجت بأمر حل له وطؤها عند الله تعالى وإن علم بحقيقة الحال ولا يحل عند الأئمة إذا كان عالماً بالكذب الشهود ومن صور التحريم صبي وصبيّة سبياً فكراً واعتقائهم تزوج أحدهما بالآخر فباعه حري مسلماً وأقام بينة أنهم أولاد أدعى القاضي بينهما بالفرقة فإن رجح الشهود أو بين أنهم شهود زور لا يحل للزوج وطؤها عنده لأن القضاء بالحرمة نفذ باطناً وظاهراً ومحمد في هذا الفرع مع أي حنيفة لأنه لا يعلم حقيقة كذب الشهود وأجمعوا في الاملاك المرسلة عن تعيين سبب أنه لا يحل باطناً والوجه في الأصل والفرق تقدم قبيل باب الأولياء والأكفاء ومن الأوجه لا يحنيفة أنه لو فرق بينهما بأمر الزوج نفذ ظاهر أو باطناً فأمر الله أولى والقاضي مأمور بذلك منه حل وعلا وأما الاستمهاد بتفريق المتلاعنين فينفذ باطناً وإن كان أحدهما كاذباً فليس بشيء وفي الخلاصة وأجمعوا على أنه لو أقر بالطلاق الثلاث ثم أنكر وحلف فقضى له بها لا يحل وطؤها وإن الشهود لظاهر وأعيدها وكفارة أو محذورين لا ينفذ باطناً وفيها رجل قال لامرأته أنت طالق البتة ووفى واحدة بئساة أو رجعية فقضى القاضي بأنهما ثلاثاً فأخذ يقول على نفذ القضاء ظاهر أو باطناً ثم بعد ذلك إن كان الزوج محتمداً يتبع رأى القاضي عند محمد وعند أبي يوسف يتبع رأى القاضي إن كان مقضياً عليه وإن كان مقضياً له يتبع أشد الأمرين عليه وإن كان عامياً فإن استغنى فما أفتاه به المفتي صار كالثابت بالاجتهاد عنده وإن لم يستغنى أخذ بما قضى به انتهى والوجه عند قول محمد لأن اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضي يرجع على اجتهاد الزوج والأخذ بالراجح متعين وكونه لا يراه حلالاً إنما يمنعه من قربان قبل القضاء أما بعده وبعد تنفذه باطناً كما فرضت المسئلة فلا (قوله ولا يقضى القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه) وقال الشافعي يجوز إذا كان غائباً عن البلد أو فيها وهو مستتر قولاً واحداً وهو قول مالك وأحمد وإن كان في البلد غير مخفف فإنه قولان أحدهما لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك والفرق أن في المستتر تضيق الحقوق ولم يحكم وفي غيره لا احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر فاشتراط حضور الخصم زيادة عليه بالدليل ولنا

بالبينة لأنه إن حضر فأقر لزمنا الدعوى وإن أنكر فكذلك فالجواب بأن النزاع في ظهور الحق بالبينة فإنه عندنا لا يظهر بها إلا بالنزاع وبأنه مفيد لاحتمال أن يطعن في الشهادة ويثبت أو يسلم الدعوى ويدعى الادعاء ويثبت أو يقر قبل القضاء بالبينة فيبطل الحكم بالبينة ووقوع ذلك بعد الحكم يمكن وفيه إبطاله وصور الحكم عن البطلان من أجل القوائد

(قوله قلنا إذا كانت شرطاً الخ) أقول فيه تأمل ثم الظاهر أن يقال إذا كان بدل قوله إذا كانت (قوله وبأنه مفيد الخ) أقول ومن هنا يعلم وجه ما يشعركم من أننا نثبت رسول الله صلى الله عليه وسلم المدعي عليه مع المدعي إلى القاضي الكاتب إذا طلب ذلك منهم

(قوله ولا يمتثل الاقرار الخ) دليل آخر على المطالب والضمير الشأن ويجوز ان يتنازع أن يشتبه في وجهه المتنازع أو عمل الثاني  
وبعدنا أن الشأن يمتثل الاقرار أو الإنكار أو وجهه القضاء يستلزم من الحكم فيشتبه على الحاكم وجهه القضاء لأن الحكم  
مختلفة فإن حكم التمسك بيمينه وجوب التمسك على الشرع وعند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة وقد تقدم في أول باب  
الاستقضاء من البيوع أن الرجل إذا اشترى بداره يقولت عنده فاستجبهت له رجل بالينة فأنه يأخذها ولو شاء وان أقر بها الرجل لم يأخذ  
ولم يأخذ بالينة بيمينه بلغة كاسم يمينه فلهذا لم يملك الحاربه من الأصل فيكون الولد متشرعا عن جارية مملوكة لا يستحق ولهذا  
ترجع الباعة بعضهم على بعض بخلاف الحكم بالاقرار فأنه حجة قاصرة لا تعدل الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على  
بعض فإن استدلت الخصم بقوله عليه الصلاة والسلام بالينة على المدعي فأنه لا يملك بين كون الخصم حاضر أو غائبا أو بعدت شدة  
حيث قالت يا رسول الله إن أباسفيان رجل صحيح لا يعطيني ما يكتفيني وولدي فقال خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف  
فقد قضي عليه بالنفقة وهو غائب (٤٩٤) أجابه عن الحديث الأول بأنه يدل على أن من ادعى شيئا فقلبه إقانة

الينة وهو مع كونه متروك  
الظاهر لأن الخصم إذا أقر  
ليس على المدعي إقامة  
الينة ليس يمتثل للنزاع  
وإنما النزاع في أن التناهي  
هل يجوز له أن يحكم على  
الغائب أو لا وليس فيه  
ما يدل على نفي أو إثبات  
وقد قام الدليل على نفيه  
وهو قوله صلى الله عليه  
وسلم لعلي حين بعثه إلى  
البن لا تنقض لأحد الخصم  
بشيء حتى تسمع كلام الآخر  
فأنك إذا سمعت كلام الآخر  
علت كيف تقضي رواه  
الترمذي وقال هذا حديث  
حسن وعن حديث هند  
بأنه عليه الصلاة والسلام  
كان عالما بالسكك والنفقة  
على أبي سفيان ألا ترى

ولا يمتثل الاقرار والإنكار من الخصم فيشتبه وجهه القضاء لأن أحكامهم بمختلفة ولأنكر ثم  
غاب فكذلك لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله ومن يقوم  
مقامه قد يكون نائبا بانابته كالأب أو بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بأن كان  
ما يدعى على الغائب سببا لما يدعى على الحاضر  
قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين استقضاءه على البن لا تنقض لأحد الخصم بيمينه شيء حتى تسمع كلام الآخر  
وقدمنا من رواية أبي داود وغيره وتخصيصه ونحوه فأنه لا يملك أن جهالة كلامه مانعة من القضاء وذلك ثابت  
مع غيبته وغيبته من يقوم مقامه ولأن حجة الينة على وجهه بوجوب العمل بها موقوف على عزز المسكر عن  
الدفع والطعن فيها والعجز عنه لا يعلم الامع حضوره أو نأبته ولأن شرط العمل بها الإنكار حتى لا تسمع  
على مقر ولا يقضي بها إذا اعترض الاقرار قبل القضاء وبغيته بقوت العلم بوجود شرط العمل بها وهو  
الإنكار وما لم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بثبوت المشروط وهو صحة الحكم ولا يكتفي في الحكم بثبوت  
كونه الأصل لأنه يترتب عليه وجود أمر فلا بد من ثبوت وجوده ولذا قلنا جميعا فمن قال لعبدته أن لم تدخل  
الدار اليوم فأنك حر فبقي اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم أدخل لا يحكم بوجود العتق بوجود  
الشرط بناء على أن الأصل عدم الدخول لما ذكرناه أنه جعل شرط الحدوث أمر آخر فلا يحكم بوجوده  
بناء على الأصل فإن قيل الخلاف ثابت فيما لو حضر وأنكر ثم غاب قلنا لأن بقاء الإنكار شرط القضاء  
بالينة وهو محتمل بل هو الرجوع عنه إلا بالنظر إلى الأصل ولا عبرة به وإنما يقضي عليه بالينة إذا حضر  
وسكت لا تزال الشرع إياه منكر إلا أنه غير منكر وما قيل وقف الينة على حضوره غير مفيد لأنه إما  
أن يقرأ أو يسكر وعلى الوجهين الدعوي لازمة عليه فليس بشيء لأن مع حضوره يمتثل أن يقر فيبطل  
حكم الينة أو لا يقطع في الينة ويثبت أو لا يقطع في قضى عليه بالينة ومع غيبته يشتبه وجهه القضاء  
فلا يجوز وهذا لأن حكم الحاكم بالينة أن ينقضي حق سائر الناس وبالأقرار يقتصر على المقر ويظهر

أنه لم تقم الينة (قوله ولا أنكر ثم غاب فكذلك) يعني لا يقضي القاضي في غيبته وإن وجد منه الإنكار وكذا إذا أنكر ذلك  
وسمعت الينة ثم غاب قبل القضاء (لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء) لأن الينة إنما تصير حجة بالقضاء وهو الجواب الموعود بقولنا  
سابق (وفيه خلاف أبي يوسف) فأنه يقول الشرط الاقرار على الإنكار إلى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب وأوجب  
بأن الاستصحاب يصلح للرفع للإثبات قال (ومن يقوم مقامه الخ) لماذا ذكر أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يحضر من يقوم مقامه  
بين ذلك وإعلم أن قيام الحاضر مقام الغائب إما أن يكون بفعل فاعل أو يكون حكما شرعيا والاول إما أن يكون الفاعل هو الغائب كما  
إذا وكل شخص هو ظاهر أو القاضي كما إذا قام وصي من جهته والثاني إما أن يكون ما يدعى به على الغائب سببا لما يدعى به على الحاضر

(قوله والضمير للشأن) أقول فيه بحث فإن الجملة بعده تحتمل ضميره الآن وإد ضمير الشأن ما هو المصطلح (قوله ويجوز أن يتنازع  
أن يشتبه الخ) أقول وأني بضميره في الأول والاضمار قبل الذكر جائز في باب التنزع الآن جواز تنزع الحرف والفعل في اسم  
بعدهما يحتاج إلى البيان (قوله وعن حديث هندا الخ) أقول ولأنه لم يكن قضاء وإنما كان فتوى (قوله وفيه خلاف أبي يوسف الخ) أقول  
بوجهه فأمس (قوله وإعلم أن قيام الحاضر الخ) أقول كأنه يشير إلى أن المضاف مقدر قبل قوله ومن ية ومقامه أي وقيام من يقوم

أو شرط الحقة فان كان سبباً لازماً سواء كان المدعى واحداً كما اذا ادعى داراً في يد رجل أنه ملكه وأنكر ذو اليد فأقام المدعى بينة أن  
الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فان المدعى وهو الدار شئ واحد وما ادعى على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعى  
على الحاضر لان الشراء من المالك سبب للملك لا لمحالة أو شيتين تحت اثنين (٤٩٥) كما اذا شهد شاهدان لرجل على رجل

بحق من الختوق فقال  
المشهد عليه جماعة عدا  
فلان الغائب فأقام  
المشهد له بينة أن فلانا  
الغائب أعتقه وما هو  
يملكه مات قبل هذه الشهادة  
والمدعى شيئاً من المال على  
الحاضر والعق على  
الغائب والمدعى على  
الغائب سبب المدعى على  
الحاضر لمحالة لان ولاية  
الشهادة لا تنفك عن  
العق بحال فالقضاء فيهما  
على الحاضر قضاء على  
الغائب والحاضر ينتصب  
خصماً عن الغائب لان  
المدعى شئ واحد في الاول  
أو كشيء واحد في الثاني  
لعدم الانفكاك فاذا حضر  
الغائب وأنكر لا يثبت  
الى انكاره ولا يحتاج الى  
اعادة البينة وله ما نطأ  
في الكتب المبسوطة  
والمصنف لم يتعرض  
الالاسية وأما أن يكون  
المدعى شيئاً واحداً أو  
شيتين مختلفين فلم يتعرض  
له للحصول المقصود بالسبب  
اللازم فان الشئ اذا ثبت  
ثبت بأوازمه وقبلنا  
السبب بقولنا لا ما احترازاً  
عما اذا كان سبباً في وقت

وهذا في غير صورة في الكتب أما اذا كان شرط الحقة

ذلك فحين اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة يأخذها أو ولد حاور أقر به الرجل لم يأخذ  
ولدها ولا يرجع بالن على بائعها أو بالبينة ترجع الباعة بعضهم على بعض وما ذكرناه فيما أنكر  
ثم غاب قول أبي حنيفة لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف أبي يوسف فانه قال يحكم بها  
لان انكاره يسمع تصافو جدر شرط حجتها كما لو أقر ثم غاب يقضى بالاقرار وفي نوادر ابن سماعة عن محمد  
أنه لا يقضى بالبينة ويقضى بالاقرار وهو قول أبي حنيفة لان في البينة للمدعى عليه حق الطعن في البينة  
والقضاء عليه حال غيبته يبطل هذا الحق أما ليس له حق الطعن في اقراره فالقضاء عليه حال غيبته ثم  
لا يبطل حقاله وكان أبو يوسف يقول ألا لا يقضى بالبينة والاقرار على الغائب جميعاً ثم يرجع لما تبلى  
بالقضاء وقال يقضى فيهما جميعاً واستحسنه حفظ الاموال الناس فاذا علمنا انه لابد من حضوره أو حضور  
من يقوم مقامه فمن يقوم مقامه أحد ثلاث نائباً بناتبة كوكيله أو بانابة الشرع كالوصي من جهة  
القاضي وقد يكون حكماً يعني شخصاً يقوم مقامه حكماً أي يكون قيامه عنه حكماً لا مراً له واقتصر  
المصنف عليها انما للمخبر من جهة القاضي فان فيه اختلاف الروايتين وهو الذي ينصبه القاضي لسمع  
عليه الدعوى وكذلك إذا حضر المدعى رجلاً لا غير خصمه لسمع القاضي الخصومة والقاضي يعلم أنه ليس  
بخصم لا يسمع الخصومة عليه ولا على المخبر من جهته وانما يجوز نصب القاضي الوكيل عن خصم  
اختلف في بينته ولا يحضر مجلس الحكم ولكن بعد أن يبعث أمناه الى باب داره فينادي على باب داره  
ويقول احضر مجلس الحكم ولا يحكم عليك أما في غير ذلك الموضع فلا وذ كر محمد في الجامع رجل غاب  
وجاء رجل فادعى على رجل ذكر أنه غريم الغائب والغائب وكله يطلب كل حق له على غرمائه بالكوفة  
وبالخصومة والمدعى عليه ينكر وكالته فأقام بينة على وكالته قضي عليه بالوكالة يعني على الغائب قال  
شيخ الاسلام فيه دليل على جواز الحكم على المخبر فانه قال ذكر أنه غريم الغائب ولم يقل هو غريم  
الغائب قال المدر الشهيد هذا محمول على ما اذا لم يعلم القاضي أنه مسخر والوجه أن يحمل على احدي  
الروايتين كما ذكره ظهير الدين في فتاواه أن في نفاذ قضاء القاضي على الغائب روايتين ذكر شمس الاعمة  
السرخسي وشيخ الاسلام أنه ينفذ وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذ وفي مفقود خواهر زاده لا ينبغي  
للقاضي أن يقضى للغائب من غير خصم كما لا ينبغي للقاضي أن يقضى على الغائب إلا أن مع هذا لو وكل  
وكيلاً أو نفذ الخصومة بينهم فهو جائز وعليه الفتوى انتهى والذي يقتضيه النظر أن يقال ان نفاذ  
القضاء على الغائب موقوف على امضاء قاض لان نفس القضاء هو المحتمل فيه فهو قضاء المحذور في فذ  
وشقوه وحيث قضي على غائب فلا يكون عن اقرار عليه ومن فروعه مسئلة تجب في الفصل الاول من  
الفتاوى الصغرى عين في يد رجل ادعى آخر انه ملكه اشترا من فلان الغائب وصدقه ذواليد فالقاضي  
لا يأمر ذاليد أن يسلمها الى المدعى حتى لا يكون قضاء على الغائب بالشراء باقراره وهي بحجة لانه اعترف  
بالمالك للمدعى ولا يقضى عليه بالتسليم قال وأحال المدر الشهيد هذه المسئلة الى باب اليمين من أدب  
القاضي ولم أجدها في وأما الثالث فما اذا كان ما يدعيه على الغائب سبباً لمحالة لما يدعيه على الحاضر  
بحيث لا ينقل عنه (وهو في غير صورة في الكتب بخلاف ما اذا كان ما يدعيه على الغائب (شرط الحقة)

دون وقت فان الحاضر فيه لا ينتصب خصماً عن الغائب كما اذا قال رجل لآخر أقر رجل غائب ان زوجك فلانا الغائب وكلني أن أجلك  
اليه فقالت انه كان قد طلقني ثلاثاً وأقامت على ذلك بينة قبلت بينهما في حق قصر يد الوكيل عنها الا في حق اثبات الطلاق على الغائب  
حتى اذا حضر وأنكر الطلاق يجب عليه العادة البينة لان المدعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعى على الحاضر

(قوله فالقضاء فيهما على الحاضر الخ) أقول جزاء فان كان في قوله فان كان سبباً لازماً الخ المتقدم عليه بسبعة أسطر فحينئذ

وهو تصرف يده فان الطلاق متى تحقق قدا لا يوجب قصر يد الوكيل بأن لم يكن وكيلا بالجل قبل الطلاق وقد يوجب بأن كان وكيلا بالجل قبل الطلاق فمما كان المدعى على الغائب سببا لنسب المدعى على الحاضر من وجه دون وجهه قتلنا بقضى بقصر اليد دون الطلاق فلا سيما فان قيل كلام المصنف (٤٩٦) ساكت عن هذا القيد قلت اكتفى بالاطلاق لصرف المطلق الى السكامل عن

فلا معتبره في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع

وتقوم مقام الغائب والسحرة لا يقوم مقامه ذكره في النسخة وهو احدى الروايتين فيه فكذا نه استناره والعناق



قال (ويقرض القاضى أموال اليتامى الخ) القاضى أن يقرض أموال اليتامى ويكتب الصك لأجل (٩٧) تذكره الحق وهو الاقراض لان

في اقراض أموالهم معلميهم  
ليقاضيهم محفوفة فان القاضى  
لكثرة أشغاله قد يعجز  
عن الحفظ بنفسه وبالوعدة

ان حصل الحفظ لم تكن  
مضمونة بالهلاك فلم تكن  
مضمونة وبالفرض

تصير محفوفة مضمونة  
فيقرضها فان قيل نعم هو  
كذلك لكن لم يؤمن الثوى

بخلود المستقرض أجب  
بقوله والقاضى يقدر على  
الاستخراج لكونه معلوما له

وبالكفاية يحصل الحفظ  
وينتفى النسيان بخلاف  
الوصى فانه ليس له أن يقرض

فان فعل ضمن لان الحفظ  
والضمان وان كانا  
موجودين بالاقرض لكن

مخافة الثوى باقية لعدم  
قدرته على الاستخراج لانه  
ليس كل قاض يعدل ولا

كل بينة تعدل والاب كالوصى  
في أصح الروايتين لانه  
عاجز عن الاستخراج وهو

اختيار الامام فخر الاسلام  
والصدر الشهيد والعقابي  
وفي رواية يجوز له ذلك

لان ولاية الاب تسم المال  
والنفس كولاية القاضى  
وشقيقته تمنع من ترك النذر

قال (ويقرض القاضى أموال اليتامى ويكتب الصك لأجل) لان في الاقراض معلميهم لبقاء الاموال  
محفوفة مضمونة والقاضى يقدر على الاستخراج والكفاية لحفظه (وان أقرض الوصى ضمن) لانه  
لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصى في أصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

والعتاق فمن حيث انه ليس سببا لحق الحاضر في الجلالة لا يكون الحاضر فيه خصما عن الغائب ومن حيث  
انه قد يكون سببا قبلنا البينة فيما يرجع الى حق الحاضر في قصر يده وانعزاله عن الكالة لانه ليس من  
ضرورة انعزال الوكيل لتحقيق الطلاق والعتاق ولان ضرورة تحقيق الطلاق والعتاق انعزال الوكيل

فلا يقتضى بالطلاق والعتاق ومن هذا القسم وهو دعوى شيئين الآن ما يدعى به على الغائب ليس  
سببا ما يدعى به على الحاضر الا باعتبار البقاء فيه انه في مسائل أحداها قال الوقيان اشترى جارية فادعى  
المشتري على البائع انه كان زوجهما من فلان الغائب ولم يعلم المشتري ويريد ان يرد هاهنا العيب وانكر

البائع فاقام المشتري على ذلك بينة فانه لا يقضى بها لاني حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعى  
شيئا ان الرد بالعيب على الحاضر والسكاح على الغائب والسكاح المدعى به على الغائب ليس سببا لما  
يدعى على الحاضر الا باعتبار البقاء لجواز أن يكون تزوجهما مطلقا فان أقام البينة على البقاء بان شهدوا

على انها امرأته لئلا لا تقبل أيضا لان البقاء تبع للابتداء والثانية المشتري شرافا سدا اذا اراد  
البائع الاسترداد فاقام البينة انه باع من فلان الغائب لا تقبل لابطال حق الاسترداد لاني حق الحاضر  
ولا في حق الغائب لان نفس البيع ليس سببا لبطال حق البائع في الاسترداد لجواز ان باع ثم انفسخ

البيع بينهم ما فبعد ودعوى البائع في الاسترداد اذا لم يكن خصما في اثبات نفس البيع لم يكن خصما  
في اثبات البقاء لان البقاء تبع للابتداء كما ذكرنا الثالثة رجل في يده دار جعت بجنيها دار فاراد ذواليد  
ان يأخذ المشتراة بالشفعة فقال المشتري له الدار التي بيدك ليست لك انما هي لفلان فاقام الشفيع

البينة انما ادارها اشتراها من فلان الغائب لا يقضى بالشراء لاني حق الحاضر ولا في حق الغائب لان  
المدعى شيئا والمدعى على الغائب من شراء الدار ليس سببا لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقاء لانه لو  
فسخ بعد الشراء أو أزالها عن ملكه بسبب من الاسباب لا يكون له شفعة وانما تكون الشفعة باعتبار البقاء

ولا بينة عليه ولو أقام على البقاء لم تقبل أيضا لما ذكرنا وأما ما يكون شرط افعامة المشايخ فيه على أنه  
لا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب فيما يدعى به وصورته قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق  
فادعت ان فلانا طلق زوجته وأقامت البينة على ذلك لا يقضى بوقوع الطلاق بها لانه ابتداء القضاء

على الغائب وقد أفتى بعض المتأخرين كفخر الاسلام والا ورجع يدعى فيه بانه تهاب الحاضر خصما عن  
الغائب ويقضى بوقوع الطلاق كما لو قال ان دخل فلان الدار فانت طالق فبرهنت على دخول فلان  
حيث يصح وان كان فلان غائبا والجواب انه ليس في هذا قضاء على الغائب بشي اذ ليس فيه ابطال حق

له فصار الاصل ان ما كان شرط ثبوت الحق للحاضر من غير ابطال حق الغائب قبلت البينة فيه اذ ليس  
فيه قضاء على الغائب وما تضمن ابطالا عليه لا يقبل (قوله) ويقرض القاضى أموال اليتامى ويكتب  
ذكر الحق) وهو المسمى في عرفنا بالصك والحق هنا هو الاقراض وهذا (لان في الاقراض معلميهم)

(٦٣ - فتح القدير خامس) (قوله ويكتب الصك لأجل تذكره الحق الخ) أقول فيه اشارة الى ان انتصاب ذكر

الحق لكونه مفعولا له ليكتب وعندي ان قوله ذكر الحق علم بالصك كما يفهم من قول المصنف في أواخر مسائل شتى

## باب التحكيم

لان في المال والنفس كولاية القاضي وزير يعلمها بزيادة الشفقة المانع من ترك النظر والظاهر انه يقرض  
من يأمن بجوده وعلى هذا قالوا الواجب ان لا يقرض نفسه يجوز ان يقرض الحسن عن أبي حنيفة انه  
لا يجوز والجواب ان الاعتبار في جواز القرض وعدمه ليس بقرب القرابة ولا بزيادة الولاية بل لتأني  
القدرة على الاسترجاع بعد وجود أصل الولاية ولا قدرة للاب عليه بخلاف القاضي فانه لو لم يجد  
الشهود موت أو غيبة قضى بعلمه واستخرج ولا يخفى أن قدرته هذه باعتبار قديمه مع وجود الملاعة  
أما لو أعسر المستقرض صار القاضي كغيره في عدم القدرة وعن هذا قال الخصاف ينبغي للقاضي  
أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم المال حتى لو اخذ من أحد منهم يأخذ منهم المال قبل أن يعسر فلا  
يقدر وكذلك كان المستقرض معسرا في الابتداء لا يجوز للقاضي إقراضه وقد انتظم ما ذكرنا حكم  
القاضي بعلمه وتفصلها فاعتدنا وفي قول للشافعي أنه يجوز وظاهر مذهب مالك وأحمد لا يجوز  
وعن كل منهما رواية بالجواز كقولنا لا نه صلى الله عليه وسلم قال له نذرت عندك خذني  
من ماله ما يكفيك وذلك بالمعروف فهذا قضاء بعلمه وبشرطه عند أبي حنيفة أن يعلم في حال قضائه  
في المصر الذي هو قاضيه بحق غير حذال من قرض أو بيع أو غصب أو تطليق رجل امرأته  
أو قتل عبداً أو حذو قذف وأما إذا علم قبل القضاء في حق العباد ثم ولي فرغت اليه تلك الحادثة أو  
علمها في حال قضائه في غير مصره ثم دخله فرغت اليه لا يقضى عنده وقال يقضى وفي الخبر يجعل  
قول محمد مع أبي حنيفة ولو علم في رستاق مصره عندهما يقضى واختلاف المشايخ على قول أبي  
حنيفة وسواء كان مقلدا للرستاق أو لم يكن وأصل هذا أن قضاء القاضي في القرية والمقاراة لا ينفذ  
عند أبي حنيفة ومحمد ونص أصحاب المال عن أبي يوسف أنه ينفذ قضاؤه في السواد وهكذا في  
النواذر عن محمد ولو علم بحادثة وهو قاض في مصره ثم عزل ثم أعيد إلى القضاء فعند أبي حنيفة لا يقضى  
وعندهما يقضى وأما في حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقا والله الموفق

## باب التحكيم

هذا أيضا من فروع القضاء والحكم أحط رتبة من القاضي فان القاضي يقضى فيما لا يقضى المحكم  
فأخبر عنه ولهذا قال أبو يوسف انه لا يجوز تعليق التحكيم بالشروط وإضافته بخلاف القضاء لان حكمه  
بمنزلة الإصلاح والواقع منه كالصلح أو هو صلح من وجه فلا يكون مثله بالشك والتحكيم جائز بالكتاب قوله  
تعالى فابعثوا حكاما من أهل الآية وفيه نظر وأما السنة فاقال أبو شريح يارسول الله ان قومي اذا اختلفوا  
في شيء فتأوتني حكمت بينهم فرضي عنى الفريقان فقال عليه الصلاة والسلام ما أحسن هذا رواه النسائي  
وأجمع على أنه صلى الله عليه وسلم عمل بحكم سعد بن معاذ في بني قريظة لما اتفقت اليهود على الرضا  
بحكمه فيهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى انه كان بين عمرو أبي بن كعب منازعة في نخل فحكم  
بينهما زيد بن ثابت فأتياه فخرج زيد وقال لعمره لا بعثت الى فأتيتك يا أمير المؤمنين فقال عمر في بيته  
يؤتى الحكم فدخل بيته فأتى لعمر وسادة فقال عمر هذا أول جورك فكانت اليمين على عمر فقال زيد لا ي  
لو أعفيت أمير المؤمنين فقال عمر بين لزماني فقال أبي نعي أمير المؤمنين ونصده وليعلم أنه لا يظن بأحد  
منهما في هذه الخصومة التلميس وانما هي لاشتباه الحادثة عليهم ما تقدم الى الحكم للتبيين لا للتلميس وفي  
الحديث جواز التحكيم وان زيدا كان معروفا بالفقه وقدرى ان ابن عباس رضى الله عنهما كان يختلف  
اليه ويأخذ به كانه عند ركبته وقال هكذا أمرنا ان نصنع بفقهاءنا فقبل زيد يده وقال هكذا أمرنا  
ان نصنع بأشرفنا وفيه ان الامام لا يكون قاضيا في حق نفسه وانه ينبغي أن من احتاج الى العلم بأن

## باب التحكيم

هذا باب من فروع القضاء  
وتأخيره من حيث ان  
الحكم أدنى مرتبة من  
القاضي لاقتضار حكمه على  
من رضى بحكمه وعموم  
ولاية القاضي وهو مشروع  
بالكتاب والاجماع أما  
الكتاب فقوله تعالى فابعثوا  
حكاما من أهل وحكام  
أهلها والجماعة رضى الله  
عنهم كانوا مجتمعين على  
جواز التحكيم

## باب التحكيم

(قوله وعموم ولاية القاضي)  
أقول المراد بعموم ولاية  
القاضي هو تعليق الحكم  
الصادر عنه الى غير المتخاصمين  
كافي صورة القتل خطأ  
وامثاله لانه يجب أن يكون  
مولى على آحاد كثيرة من  
الناس فانه قد يفرض اليه  
الحكم في قضية واحدة بين  
الشخصين المعينين كما  
لا يخفى الا انه يمكن ان يقال  
لا يطاق اسم القاضي لمثل  
ذلك المولى كما يعلم من المبسوط

(واذا حكم رجلان رجلا لحيكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على أنفسهما فيصح تحكيمهما وإذا حكم لهما) اصدور حكمه عن ولاية عليهما (وهذا اذا كان الحكم بصفة الحاكم المولى لانه عزله فيما بينهما) واعترض بأنه لو كان كذلك لما وقع الفرق بينهما في حق التعليق والاضافة الى المستقبل على قول أبي يوسف لكنها وقعت فانما جازان في القضاء دون التحكيم عنده وأوجب بأن التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت الا بتراضي الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يتعلق ولا يضاف بخلاف القضاء والامارة لانه تفويض (واذا كان المحكم عزلة الحاكم) اشترط له أهلية القضاء (فلو حكم امرأه فيما يثبت بالشهادتين جاز لانها من أهل الشهادة فيها) قال (ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) فقدم أن أهلية القضاء بأهلية الشهادة فن ليس فيه ذلك لا يقدح كما ولا يحكم فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي ان حكمه المسلمون وان حكمه أهل الذمة جاز

٤٩٩

وتراضيهما عليه في حقهما كتعليد السلطان اياه وتقليد الذي ليحكم بين أهل الذمة صحيح دون الاسلام فكذا تحكيمه والمحدود في القذف وان تاب لانه ليس من أهل الشهادة عندنا كما سيأتي والفاسق والصبي لعدم أهلية الشهادة فيهما لكن اذا حكم الفاسق يجب أن يجوز عندنا كما هو في أول أدب القاضي أن الفاسق لا ينبغي أن يقدح القضاء ولو قلد جاز

(واذا حكم رجلان رجلا لحيكم بينهما ورضيا بحكمه جاز) لان لهما ولاية على أنفسهما فيصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان الحكم بصفة الحاكم لانه عزله فيما بينهما فشرط أهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام أهلية القضاء اعتبارا بأهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما هو في المولى

الى العالم في بيته ولا يبعث اليه لياثمه وان كان أوجه الناس وأما القاء زيد الوسادة فاجتهاد من قوله صلى الله عليه وسلم اذا أتاكم كرم قوم فأكرموه وبسط النبي صلى الله عليه وسلم رداءه لعدى بن حاتم وان الخليفة ليس كغيره واجتهاد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الاول وانه لا بأس بالخلف صادقاً وامتناع عثمان عن العيين حين لزمته كان لأمر آخر وان العيين حق المدعى له أن يستوفيه وتسقط باسقاطه (قوله واذا حكم رجلان رجلا) أو امرأة (فحكم بينهما ورضيا بحكمه) الى أن حكم (جاز) لان لهما ولاية على أنفسهما فيصح تحكيمهما) وسند كراهته بالتخصيصات أولها قوله (وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم) بأن يكون أهلاً للشهادة (فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي) الا أن يحكمه ذميان لانه من أهل الشهادة عليهم فهو من أهل الحكم عليهم (و) كذلك (المحدود في القذف والفاسق) لا يجوز تحكيم أحد من هؤلاء (لعدم أهلية القضاء لعدم أهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما هو في المولى) الفاسق ينفذ حكمه وقوله (وينفذ حكمه عليهما) عطف على جواب المسئلة أعنى قوله جاز وهذه شروط التحكيم فقد منها على الجواب ولو قدم المحرور وقال وعليهما ينفذ حكمه كان مفيداً للمحصص فيفيد انه لا ينفذ على غيرهما ولو حكمه في عيب بالبيع فقط يرد له ليس للبائع أن يرد على بائعه الا أن يتراضي البائع الاول والثاني والمشتري على تحكيمه فحينئذ يرد على الاول ولو اختصم الوكيل بالبيع مع المشتري منه في العيب فحكم يرد على الوكيل لم يلزم الموكل اذا كان العيب يحدث مثله رواية واحدة الا أن يرضى الموكل بتحكيمه معهما وان كان العيب لا يحدث مثله ولم يدخل الموكل معهم في التحكيم ففي لزومه للوكل روايتان وانما اقتصر حكمه ولم يعمد لانه كالمصالح ثم تسترط هذه وقت التحكيم ووقت القضاء جميعاً حتى لو حكمه بعد اذ غلب أو ضيماً أو ذمياً فبلغ وأسلم ثم حكم لا ينفذ كما في المقلد وكذا لو كان مسلماً وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه ثم الاضافات في قوله ولا يجوز تحكيم العبد الخ من اضافة المصدر الى المفعول ولو اعتبرت الى الفاعل جاز في بعضه دون بعض وفي الغنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحرة وتحكيم الذي ذمياً ليحكم بنفسه وبين ذمى يجوز لما ذكرنا

قال المصنف (فيشترط أهلية القضاء) أقول وفي المحيط يشترط أن يكون المحكم أهلاً للشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم جميعاً حتى انه اذا لم يكن أهلاً للشهادة وقت التحكيم وصار أهلاً للشهادة وقت الحكم بان كان الحكم بعد اذ غلب أو ضيماً أو ذمياً فبلغ وأسلم ثم حكم لا ينفذ حكمه هكذا ذكر صاحب الاقضية

والشيخ الامام شيخ الاسلام في شرح كتاب الصلح وقد ذكرنا مسأله في فصل التقليد والعزل بخلاف هذا انتهى المسئلة المذكورة في فصل التقليد هو انه اذا استتقى الصبي ثم أدركه ليس له أن يقضى بذلك الامر في باب الجمعة من صلاة المقتى رواه ابراهيم عن محمد والعبد اذا استتقى ثم غلبه أن يقضى بذلك الامر انتهى واشترط أهلية الشهادة وقت التحكيم والحكم مذكور في النهاية ومعراج الداربية أيضاً (قوله ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) أقول في المحيط ويجوز تحكيم المكاتب والصبي المأذون كما يجوز تحكيم الحر انتهى وفي شرح السكاكي المعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحرة وقال في النهاية هو من قبيل اضافة المصدر الى الفاعل هناك انتهى فلا مخالفة كما لوهم ثم قوله تحكيم الكافر من قبيل اضافة المصدر الى المفعول يقال حكمه أي فوض الحكم اليه (قوله فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي الخ) أقول المراد بالكافر ما عدا الذي بقدرته المقابلة

وان حكمه في دم خطا لا ينفذ الا في صورته لانه اما ان يحكم بالدية على العاقلة او في مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ ذبحكم لانه لا ولاية  
له عليهم اذ لا تحكيم من جهة هم وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين وان كان الثاني رده القاضي ويقضى بالدية على العاقلة لانه يخالف  
رأيه ويخالف لنص حديث جل بن مالك قوموا فودوه كما سيأتي في كتاب المعاقلة ان شاء الله تعالى (قوله الا اذا ثبت) استثناء من قوله رده  
القاضي أي رد قضاءه بالدية في ماله الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله (٥٠١) وأما أروش الجراحات فان كانت

بحيث لا تحملها العاقلة  
وتجب في مال الجاني بأن  
كانت دون أروش المرضخة  
وهو خمسمائة درهم وثبت  
ذلك بالاقرار والنكول أو  
كان عدوا وقضى على الجاني  
جاز لانه لا يخالف حكم  
الشرع وقد رضى الجاني  
بحكمه عليه فيجوز وان  
كانت بحيث تحملها العاقلة  
بأن كانت خمسمائة فصاعدا  
وقد ثبتت الجنابة بالبينة  
وكانت خطأ لا يجوز قضاؤه  
بها أصلا لانه ان قضى بها  
على الجاني خالف حكم  
الشرع وان قضى على  
العاقلة فالعاقلة لم يرضوا  
بحكمه (قوله ويجوز ان  
يسمع البينة) يعني أنه لما  
صار حكمنا عليهم ما يتسلطهما  
جاز ان يسمع البينة (ويقضى  
بالنكول وكذا بالاقرار لانه  
حكم موافق للشرع واذا  
أخبر المحكم بموافقه لشرع واحد  
الخصمين) بأن يقول لاحدهما  
اعترف عندى لهذا بهذا  
(أو بعدالة الشهود) مثل  
أن يقول قامت عندى عليك  
بينة لهذا بكذا فعدوا عندى  
وقد أزمك ذلك وحكمت  
به لهذا عليك فانكر المقتضى  
عليه أن يكون أثر عنده بشيء

وان حكمه في دم خطا لا ينفذ الا في صورته لانه اما ان يحكم بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهة هم  
ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضى بالدية على العاقلة لانه يخالف رأيه ويخالف لنص  
أيضا الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله (ويجب وزان يسمع البينة ويقضى بالنكول  
وكذا بالاقرار) لانه حكم موافق للشرع ولو أخبر باقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما  
على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة

انما لاصلة قضاء الحكم في الطلاق والعنق والنكاح والكفالة بالمال والنفس والديون والبيع  
والكفارات والقصاص وأروش الجنابات وقطع يد عمدا ببينة عادلة جائزا ووافق رأي القاضي وعن أبي  
حنيفة لا يجوز في القصاص ونقل الناصح عن أبي بكر الرازي في القصاص ينبغي أن يجوز لان وك  
القصاص لو استوفى القصاص من غير أن يرفع إلى السلطان جاز فكذا اذا حكم فيه لانه من حقوق بني  
آدم وتوجيه المصنف بأنهم مال الولاية لهم ما على دمه ما ولا إلا ما كان الاباحة يعني لو قال لشخص اقتلني  
لا يصح أمره ولا يحل الاخر قتله لا يدفعه وهذا لان المقتضى عليه هو الاصل في التحكيم والاخر أعنى  
الطالب تبع فيكون أحد دمه ما وهو الذي تحكيمه ليس الاقوى عليك أن يستوفيه لا يقتضى صحة التحكيم  
فيه بل عني يرضى الاخر ولا يرضى عليك ما حكم فيه فلا يصح التحكيم فيه وفي الفتاوى الصغرى حكم  
الحكم في الطلاق المضاف بنفسه ذلك لا يفتى به وفيه اروى عن أصحابنا ما هو أوسع من هذا وهو أن  
صاحب الحادثة لو استفتى فقيها عدا لا فاقته بطلان اليمين المضافة وسعه اتباع فتواه وامسك المرأة  
الخلاف بطلاقها وروى عنهم ما هو أوسع من هذا وهو أنه اذا استفتى أو لا فقيها فاقته بطلان اليمين  
وسعه امسك المرأة فان تزوج أخرى وكان حلف بطلان كل امرأة تزوجها فاستفتى فقيها آخر فاقته  
بعدة اليمين فانه يفارق الاخرى ويمسك الاولى عما لا يفتواهما وفي الأخيرة فيمن تزوج امرأة غير ولى  
فطلقها ثلاثا فبعث القاضي الى شافعي ليحكم بينهما ما يبط لان ذلك النكاح وبطلان الثلاث يجوز وكذا  
لو حكم بذلك حكما يجوز ولا يبقى به لما مر يعني ما قدمه من خشية تجاسر العوام يعني على هدم المذهب  
قال وكذا من غاب عن امرأته غيبة منقطعة ولم يخالفها تنفقة فبعث الى شافعي ليحكم بفسخ النكاح  
لجزا النفقة يجوز ثم قال المصنف (ولو حكمه في دم خطا فاقضى بالدية على العاقلة لا ينفذ لانه لا ولاية له على  
العاقلة اذ لم يحكمه وهو وكذا لو حكم على القاتل بالدية في ماله) فان القاضي (رده ويقضى) بما هو الحق وهو  
كونه (على العاقلة لانه يخالف رأيه وللنص) وهو حديث جل بن مالك (الا اذا ثبت القتل) وهو قتل  
الخطا (باقراره) فحينئذ يجوز قضاؤه بالدية حينئذ على القاتل لان العواقل لا تعقل القتل الثابت  
بالاقرار كما لا تعقل العمى والصلح على الدية لان اقراره لا ينفذ في حقهم اذ لا ولاية له عليهم فاقصر على  
نفسه فوجب الدية في ماله وعلى هذا التقصيل أروش الجراحات ان كانت بحيث لا تعقلها العاقلة بل  
تجب في مال الجاني بأن كانت دون أروش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والنكول  
أو كان عدوا وان بلغ خمسمائة فاقضى الحكم على الجاني جاز لانه لا يخالف الشرع وان كانت بحيث

أقامت عليه بينة بشيء لم ينفذ الى قوله وقضى القاضي ونفذ لان المحكم عليك انشاء الحكم عليه بذلك (اذا كانا على تحكيمهما) فمالك  
الاخبار كلقاضي المولى اذا قال في قضائه لاني قضي عليك لهذا باقرارك أو ببينة قامت عندى على ذلك (فانه يصدق في ذلك)  
(قوله وثبت ذلك بالاقرار والنكول) أقول فيه انه اذا ثبت بالبينة يكون في مال الجاني أيضا فلا وجه للتقييد بالاقرار والنكول (قوله)  
وقد أزمك ذلك الخ) أقول انشاء الازام وانحكم أيضا

ولا يلتفت الى انكار المقتضى عليه فكذلك اهنا (وان اخبر بالحكم مثل أن يقول المحكم كنت حكمت عليكم لهذا بهذا (لم يصدق) لانه اذا حكم صار معزولا ولا يقبل قوله اني حكمت بهذا كالمقتضى المولى اذا قال بعد عزله حكمت بهذا (وحكم الحاكم لا يوبى به وولده وزوجته باطل) لان اهلية الشهادة شرط (٥٠٣) للقضاء والشهادة لهؤلاء غير مقبولة فكذلك الحكم (ولا فرق في ذلك بين الميرل

ولو اخبر بالحكم لا يقبل قوله لان قضاء الولاية كقول المولى بعد العزل (وحكم الحاكم لا يوبى به وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء) وهذا لانه لا تقبل شهادته ان ولا علم كان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لان قضاء التهمة فكذلك القضاء ولو حكم رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الرأى والله أعلم بالصواب

مسائل شتى من كتاب القضاء

قال (واذا كان عالورا رجل وسفل لا خرفليس لصاحب السفل أن يتدفيه وتداول لا يقب فيه كوة تتحمله العاقلة لا يجوز قضاؤه بها أصلا لانه ان قضى على الخافى خالف الشرع وعلى العاقلة لا يجوز لانهم لم يحكموه (قوله ولو اخبر) يعنى المحكم لو قال لاحدهما أقررت عندى أو قامت عندى بينة عليك بهذا فعندى وعندى وقد أزمك ذلك وحكمت به - إذا أنكر المقتضى عليه أن يكون أقر أو أقام البينة لم يلتفت الى قوله ومضى القضاء عليه مادام المجلس باقيا لان الحكم مادام تحكمهم معا قائما كالمقتضى المقلد ولو قال المقلد ذلك لا يلتفت الى انكار المقتضى عليه فكذلك الحكم الآن يخرج من الخطاب عن الحكم ويعزله قبل أن يقول حكمت عليك ثم قال المحكم ذلك أو قاله بعد ان قام من المجلس لانه بالقيام من المجلس ينعزل كانه عزل بعزل أحدهما قبل الحكم فصار كالمقتضى اذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا (قوله وحكم الحاكم) سواء كان قاضيا أو محكما (لا يوبى به وولده وزوجته) وكل من لا تقبل شهادته (باطل لمكان التهمة) بخلاف ما اذا حكم عليهم يجوز لا نقاشا (قوله ولو حكم رجلين لا بد من اجتماعهما لان الحكم امر يحتاج فيه الى الرأى) وان عارضى الخصمان برأيهما فلا ينفرد أحدهما ثم لا يصدق الحكمان في اخبارهما عن الحكم اذا قاما لما ذكرنا من انهما فالتحقيق باثر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشره حتى يشهد على ذلك غيرهما ولو شهد عند الحكمين شاهدان ثم مات الشاهدان أو عابا فسأل المدعى الحكمين أن يشهدا لله على شهادتهما لم يجوز لانهم ما ماحلاهما فلا يجوز أن يشهدا على شهادتهما واذا عرف أن أحد الحكمين لا ينفرد فلو حكم عبد او حر لم يجوز ولو حكم مسلم وحر تدرجلا فحكم بينهما ثم قتل المرتد أو لحق بدار الحرب لم يجوز حكمه عليهما ولو أصر الامام رجلا بأن يحكم بين الناس وهو ممن تجوز شهادته جازو يصير كالمقتضى ولو أصر القاضى رجلا لم يجوز الا بأذن الامام الآن يجيزه بعد الحكم أو يتراضى به الرجلان بعد الحكم ولو حكم رجلا فأخرجه القاضى من الحكومة فحكم بعده بينهما أجازاه جازو ليس للحكم أن يفوض الى غيره ولو فوض وحكم الثانى بلارضاهما فأجاز القاضى لم يجوز الآن يجيزاه بعد الحكم وقيل ينبغى أن يكون كالوكيل الاول اذا أجاز فعلى الوكيل الثانى ولو حكم واحد الحكم لاحدهما ثم حكم آخر بنفذ حكم الاول ان كان جائزا عنده وان كان بخورا أبطله وكتاب الحكم الى القاضى وقبله لا يجوز فان كتب اليه قاض فرضى به الخصمان حكم حينئذ بمقتضى الكتاب

مسائل من كتاب القضاء

(قوله واذا كان عالورا رجل وسفل لا خرفليس لصاحب السفل أن يتدفيه وتداول لا يقب فيه كوة

والحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك التمسك واذا حكم رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج الى الرأى (لمحكم أحدهما لا يجوز لانهم عارضيا برأيهما ورأى الواحد ليس كراى المشئى ولا يصح ذلك على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكم حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهم ما بعد القيام اعزلا فصارا كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشره

مسائل شتى من كتاب القضاء

مسائل شتى أى متفرقة من شتى تشتمل اذا فرق ذكر فى آخر كتاب آداب القاضى مسائل منه كما هو آداب المصنفين أن يذكروا فى آخر الكتاب مسائل تتعلق بمقابها استدرا كما لمفات من الكتاب ويترجونه بمسائل شتى أو منشورة أو متفرقة قيل وعلى هذا كان القياس أن يسوئرها الى آخر كتاب القضاء ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكر

بعدها القضاء بالمواريث والرحم وانه لجدير بالتأخير لا محالة (واذا كان عالورا رجل وسفل لا خرفليس لصاحب السفل عند أن يتدفيه وتداول لا يقب فيه كوة

مسائل شتى من كتاب القاضى

(قوله مسائل شتى أى متفرقة من شتى تشتمل) أقول بل من شتى يشتمل شتى تشتمل اذا فرق واقترق



بغير رضا صاحب العلو) وليس لصاحب العلو أن يبنى على علوه ولا أن يضع عليه جذعا لم يكن له ولا يحدث كنيذا الا برضا صاحب السفل  
(عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالوا لكل واحد منهما أن يصنع ما لا يضر به وقيل هذا تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله) يعني أن أبا حنيفة إنما  
منع عما منع إذا كان مضرا وأما إذا لم يكن مضرا فلا يمنع كنهو قولهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر  
فصل في ما عليه لأن التصرف حصل في ملكه فيكون المنع بعلة الضرر (٥٠٣) لصاحبه (وقيل) ليس ذلك بتفسير له

وإنما (الاصل) عندهما  
الاباحة لانه تصرف في  
ما = والمالك يقتضى  
الاطلاق) فلا يمنع عنه الا  
بعارض الضرر فإذا لم يكن  
ضرر لم يمنع بالاق (نضاو) إنما  
تظهر غيرة الخلاف (إذا

عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه بغير رضا صاحب العلو (وقال لا يصنع ما لا يضر بالعلو) وعلى هذا  
الاطلاق إذا أراد صاحب العلو أن يبنى على علوه قبل ما حكي عنه ما تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله فلا  
خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والمالك يقتضى الاطلاق والحرمة بعارض  
الضرر فإذا أشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل يتعلق به حق محترم للغير كحق  
المرتبة والمستأجر والاطلاق بعارض فإذا أشكل لا يزول المنع على انه لا يعبر عن نوع ضرر بالعلو من  
توهين بناء أو نقصه فبمع عنه

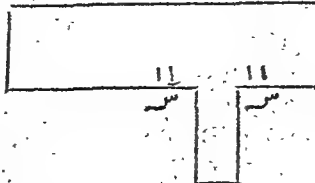
أشكل) فعندهما (لم يجز المنع)  
لأن الاطلاق يفيق  
واليقين لا يزول بالشك  
(والاصل) عنده الحظر لانه  
تصرف في محل يتعلق به  
حق محترم للغير) وهو  
صاحب العلو لأن قراره  
عليه ولهذا يمنع من الهدم  
اتفاقا وتعلق حق الغير بملكه  
يمنع المالك من التصرف  
كما يمنع حق المرتبة من  
والمستأجر المالك عن  
التصرف في المهرهون  
والمستأجر (والاطلاق  
بعارض) وهو الرضا به دون  
عدم الضرر فتأمل (فإذا أشكل  
لا يزول المنع) لما ذكرنا  
(قوله على أنه لا يعبر عن  
نوع ضرر بالعلو من توهين  
بناء أو نقصه فبمع عنه)  
استظهرنا على المنع لافادة  
ما قبله ذلك

عند أبي حنيفة رضي الله عنه أي بغير رضا صاحب العلو) وكذا ليس له أن يدخل فيه جذعا والاتفاق  
على أن ليس له أن يهدم سقفه لمسايقه من إبدال حق صاحب العلو في ملكه العلو (وقال لا يصنع ما لا يضر  
بالعلو وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبنى على علوه) أو يضع عليه جذعا أو يشرع كنيفا  
والسكوة بفتح الكاف ويقال وتد وتد يتد منه باب ضربه (قيل ما حكي عنه ما تفسير لقول أبي حنيفة)  
لانه إنما يمنع ما فيه ضرر ظاهر لا ما لا يضر فيه (فلا خلاف) بينهم (وقيل) بل بينهما خلاف وهو في  
محل وقوع الشك فالاشك في عدم ضرره كوضع صمد صغير أو وسط يجوز انفاقا وما فيه ضرر ظاهر كفتح  
الباب ينبغي أن يمنع اتفاقا وما يشك في الضرر به كدق الوتد في الجدار والسقف فعندهما لا يمنع لأن  
(الاصل) فيه (الاباحة لانه تصرف في ملكه والحظر بعارض الضرر فإذا أشكل لم يجز المنع) لأن اليقين  
لا يزال بالشك كإلزام باع نصيبه من العبد المشترك يجوز ولو كان نصيبه لا يجوز وللشريك حق فضحه  
(وعنده الاصل الحظر لانه تصرف في محل يتعلق به حق محترم للغير) ولهذا يمنع من هدمه اتفاقا وتعلق  
حق الغير بملكه يمنع تصرفه به كالمهرهون والمستأجر يتعلق به حق المرتبة فنع الرهن من التصرف فيه  
وكذا كرشخ الاسلام عن بعضهم أن على قول أبي حنيفة صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وإن لم يضر  
بالسفل رواية واحدة وقال شيخ الاسلام أيضا إذا أشكل تصرف صاحب العلو هل يضر بالسفل أولا  
لا يملكه بالاتفاق وقال للصدر الشهيد المختار انه إذا أشكل لا يملكه وإذا لم يضر يملك وكذا قاضيان لو  
حفر صاحب السفل في ساحته بئر أو ما أشبه ذلك عند أبي حنيفة له ذلك وإن تضرر به صاحب العلو  
وعندهما الحكم مع السفل بعلة الضرر وعلمت أن ليس لصاحب السفل هدمه فلو هدمه يجبر على  
بنائه لانه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو كما رآه إذا قتل المهرهون والمولى إذا قتل عبده  
المديون وهذا أصل كل من أجبر على أن يفعل مع شيء بملكه فإذا فعل أحدهما بغير أمر شيء بملكه فهو  
متطوع لانه لا يطرئ وهو المطالبة بالمشاركة في الفعل كمن بينهما ما امتنع أحدهما عن كرهه وكري  
الآخر أو سقينة تخوف الغرق أو بيت أو دار أو حمام أو طاحونة فأصلحه أحدهما أو عبده مشترك حتى  
ففداه أحدهما فهو متطوع لأن الآخر يجبر وإن كان لا يجبر لم يكن متطوعا كعلو رجل وسفل الآخر  
وسقط السفل فيما لا أثر لا يكون متطوعا لانه لا يجبر صاحب السفل على بنائه فكان في بنائه أيا مضطرا

(قوله وإنما تظهر غيرة الخلاف) أقول فيه بحث (قوله إذا أشكل) أقول كهذه الاشياء المدة كورة (قوله وهو الرضا به دون عدم الضرر)  
أقول وفيه بحث يظهر به للاحظة السياق ألا ترى أن المراد اشكال الضرر وعدمه قال الزيلعي وهو عدم الضرر بيقين أنتهي الباء  
متعلق بالعدم لا بالضرر (قوله فتأمل) أقول كتب في هامش الكتاب نقلا عن خط الشارح ما هو صورته أمر بالتأمل تنبيه على  
أن العدم أمر لا نبوت له ليعرض ولو عرض لزم أن يكون الضرر قبله موجودا وعرض العدم وليس كذلك أنتهي وأقول يجوز أن يكون  
الاطلاق العارض عليه من باب المشاكلة

قال (واذا كانت زائفة مستطيلة تشعب منها زائفة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لأهل الزائفة الأولى أن يفتحوا بابا في الزائفة القصوى) لأن قصصه للزور ولا حق لهم في المرور لأهلها خصوصا حتى لا يكون لأهل الأولى فيما يبيع فيها حق الشفعة

لصل إلى سقته وإذا نادى وبنى عليه عازله منع صاحب السفلى من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدي قيمته واختلاف في أن القيمة هل تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع والصحيح وقت البناء وانما قلنا في الدار والبيت والطاحونة والحمام ما ذكرنا إذا كان يمكنه قسمه الساحة لينبئ في نصيبه وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعمارة قال ودكر الخصاص أنه يرجع عما أنفق وهذا عندى في غاية الحسن إذا كان بقضاء ويجب أن لا يضمن نوع البناء السفلى على قدر ما كان عليه ذلك القدر أما إذا كانت الساحة صغيرة لا يمكن بناء ذلك فيها يعبر بالقيمة فإنه إذا بنى لا يكون متطوعا وكذا إذا أهدم بعضه لا يمكن الانتفاع بنصيبه إلا ببنائه فلا يكون متطوعا وفي فتاوى النسبى دار الجارين سطح أحدهما أعلى ومسيل ماء العليا على الأخرى فأراد صاحب السفلى أن يرفع سطحه أو يبنى عليه له ذلك وليس للجار منعه ولكن يطالبه بتسديد مائه إلى طرف الميزاب وإذا أهدم السفلى أو هدمه المالك ليس للأخر أن يكافئه العمارة لأجل أسالة الماء لكن يبني هو ويمنع صاحبه من الانتفاع انتهى فرق بين حق التعلو وبين حق التسليل حيث لو هدم في الأول يجبر على البناء ولو هدم في الثاني لا يجبر وفي الحائط بين اثنين لو كان لهما عليه خشب فبني أحدهما للباقي أن يمنع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيًا وفي الأفضية حائط مشترك أراد أحدهما انقضه وأبى الشريك أن كان بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر وإن كان بحيث يخاف عن الامام أبي بكر محمد بن الفضل لا يجبر وإن هدمه وأراد أحدهما أن يبني وأبى الآخر أن أس الحائط عريضا يمكنه أن يبني حائطاً في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك وإن كان لا يمكن يجبر كذا عن الامام أبي بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى وتفسير الخبر أنه ان لم يوافق الشريك وأنفق على العمارة رجوع على الشريك بنصف ما أنفق إن كان الحائط لا يقبل القسمة وفي شهادات فتاوى الفضلى لو هدم ما وامتنع أحدهما يجبر ولو أهدم لا يجبر ولكن يمنع من الانتفاع به ما يستوف نصف ما أنفق فيه إن فعل ذلك بقضاء القاضى وإن كان بلا قضاء فينصف قيمة البناء انتهى فلو حل ما تقدم من كون الرجوع بقيمة البناء على ما إذا كان بلا قضاء وقول الخصاص مع قول ابن الفضل عما أنفق على ما إذا كان بقضاء ارتفع الخلاف الظاهرى فليكن هو المحمل وهذا لأنه ما كان مضطرا في البناء كان له نصيبين ما صرف لذلك غير أنه ليس مضطرا في تركه راجعة من له الولاية على الشريك وهو القاضى فيرجع بالقيمة ولو كان الحائط صحيحا فهدم أحدهما باذن الشريك لا شك أنه يجبر الهادم على البناء إن أراد الآخر كولو هدم ما وهدم به بغير اذن الشريك وفي كتاب الحيطان رجل أراد أن يهدم داره ولاهل السكة ضرر لانه يخرّب السكة المختار انه يمنع فلو هدم مع هذا وإنه يضرب بالجيران إن كان قادر على البناء يجبر على البناء قيل والاصح أنه لا يجبر وفي كتاب الغصب من الخلاصة رجل هدم داره فأنه يهدم دار جاره لا يضمن (قوله) وان كانت زائفة مستطيلة تشعب منها زائفة أخرى مستطيلة وهي غير نافذة) يعنى المنشعبة (فليس) أحدهم (أهل الزائفة الأولى) إذا كان له جدار في الزائفة المنشعبة أن يفتح في جداره ذلك بابا في الزائفة المنشعبة وهذه صورتها



قال (واذا كانت زائفة مستطيلة الخ) سكة طويلة غير نافذة تشعب عن بينها أو يارها مثلها على هذه الصورة



ليس لأهل الزائفة الأولى أن يفتحوا بابا في الزائفة القصوى لأن فتح الباب للزور ولا حق لهم في المرور لأن المرور فيها لأهلها خاصة لكونها غير نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لأحد أن يفتح بابا بغير اذنهم فكذا هذا ألا ترى أنه لو بيعت دار في تلك السكة القصوى ليس لأهل السكة العظمى أن يأخذوا بالشفعة لأن تلك السكة لهم خاصة

بـخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة ثم قيل المنع من المرور لان فتح الباب لان الفتح رفع بعض جداره وله أن يرفع بجميع جداره بالهدم فرفع بعضه أولى ولهذا الفتح كوة أو بابا للاستضاءة دون المرور لم يمنع والاصح (٥٠٥) أنه يمنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعى الحق في

بـخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لان فتح الباب لانه رفع بعض جداره والاصح أن المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب (وان كانت مستديرة قدر ق طرفا فقلهم أن يفتحوا) بابا لان لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذهى ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها

والذي يمكنه أن يفتح بابا في الزائفة القصوى هو صاحب الدار التي في ركن الزائفة الثانية وانما قلنا ليس له ذلك لان فتحه للورور ولا حق لاهل الزائفة الاولى في المرور في الزائفة القصوى بل هو لاهلها على الخصوص ولذا لو بيعت دار في القصوى لم يكن لاهل الاولى شفعة فيها بخلاف اهل القصوى فان لاحد منهم أن يفتح بابا في الاولى لان له حق المرور فيها (بخلاف النافذة فان المرور فيها حق العامة) ولا خلاف ان له أن يفتح قال بعض المشايخ لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لان فتح الباب رفع بعض جداره وله أن يرفعه كله فكذلك له أن يرفع بعضه والاصح أن يمنع من الفتح لانه منصوص عليه في الرواية نص محمد في الجامع ولان المنع بعد الفتح لا يمكن اذ لا يمكن مراقبته ليدلوا في الخروج فيخرج ولانه عساه يدعى بعد تركيب الباب وطول الزمان حقا في المرور ويستدل عليه بتركيب الباب فيكون تركيب الباب بمحمد النفسه دعوى حق المرور يكون القول قوله للظاهر الذي معه وهو فتح الباب (ولو كانت) المنشعبة (مستديرة قلهم أن يفتحوا لان لكل منهم حق المرور في كلها اذهى ساحة مشتركة) غاية الامر أن فيها اعوجاجا (ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها) وهذه صورتها



وفي الحيطان زقاق غير نافذ أراد انسان يعنى من أهله أن يتخذ طينان ترك من الطريق قدر الممر للناس ويرفعه سريعا فيجعل في الا حامين مرة لا يمنع منه وكذا لو أراد أن يبنى آريا أو دكا وهو الذي نسبه في عرفنا مصطبة ولو استأذن رجلا في وضع جدوع على حائطه أو حفر سرداب تحت داره ففعل ثم باع الدار المشتري أن يأخذها برفعها الا اذا شرط بقاءها عند البيع وكذا لو كان نصب أعمدة ملاصقة لجدار الرجل مقابل لبابه ونصب عليها وعلى وجه داره سقيفة للمشتري أن يطالبه بازائها الا اذا شرطها ولو أن الرجل حائطاً ووجهه في دار رجل فأراد أن يطين حائطه ولا سبيل اليه الا بدخول دار الرجل أو انهم لم يخطئ فوقه نقضه في داره فأراد أن يدخل لبيل الطين وغيره فنعه صاحب الدار وأوله بحري ماء في داره فأراد حفره واصلاحه ولا يمكن الا بدخول دار الرجل وهو عنعه يقال له امان أن تركه يدخل ويصلح ويفعل بما له أو تفعل بما لك كذا روى عن محمد وبه أخذ الفقيه أبو الليث وفي وقف النوازل دار مشتركة بين قوم لبعضهم أن يربطوا الدابة فيها وأن يضعوا الخشب على وجهه لا يضر بصاحبه وان يتوضوا بحيث لا تضيق عليهم الطريق يماروهم ولو عطب بها أحد لا يضمن ولو حفر الأرض يؤمر أن يسويها فان نقص الحفر يضمن النقصان وكذا لو كان الطريق بين قوم وهو غير نافذ غير أن في الطريق لا يضمن نقصان

(٦٩ - فتح القدير خامس) لكل واحد منهم حق المرور في كلها ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها هذه الصورة



(قوله فيجوز أن يكون حال الخ) أقول الجواز لا يستلزم الدلالة في اتصال الاستثناء تأمل (قوله لان الإشارة بذلك الى المشتري والجمع صحيحة) أقول يعنى أن الإشارة بلفظ ذلك الى المتنى والجمع صحيحة بتأويل ما ذكر

الحفر وفي أول قسمة الأصل قبيل باب قسمة الدار رجل أصاب ساحة في القسمة فأراد أن يبنها ويرفع  
 بناءها وأراد ألا يمنعها وقال تستدعي الریح والشمس له أن يرفع بناءه وله أن يتخذ فيها حماماً أو توتوراً  
 وإن كف عما يؤذى جاره فهو حسن ولا يجبر على ذلك ولو فتح صاحب البناء في علو بناءه باباً أو كوة لم يكن  
 لصاحب الساحة منعه ولصاحب الساحة أن يبنى في ملكه ما يستريح به ولو اتخذ بيتاً في ملكه  
 أو كراً باباً أو بالوعة فتر من حائط جاره وطلب جاره منه تحويله لم يجبر عليه فإن سقط الحائط من ذلك  
 لا يضمن هذا كله ظاهر المذهب وبحواب الرواية وحكى عن أبي حنيفة أن رجلاً شكك إليه من  
 بئر حفرها جاره في داره فقال احفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل فسحبت البئر فكسبه وأصحابها  
 ولم يفتحه بمنع الحافر بل هداؤه إلى هذه الحيلة وبذلك كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني وفي  
 مضاربة النوازل لم يتخذ داره حظيرة للغنم والخيران يتأدون من تنن السرقين ولا يأمنون على الرعاة ليس  
 لهم في الحكم منعه وبه قال الشافعي وأحمد ولو حفر في داره بئراً فتر منها حائط جاره ليس له منعه قال في  
 فصول العمادى نقلاً عن الذخيرة بعد أن نقل عن نصير بن يحيى أن للفاضي منع الجار من ذلك وذكر  
 غيره عنهم بقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار والوجه لظاهر الرواية لأن صاحب البناء  
 كان ينتفع به وملك صاحب الساحة قبل البناء فصاحب الساحة إذا سد الهواء بالبناء فأنما منعه  
 عن الانتفاع بملكه ولم يترك عليه ملكاً ولا منفعة فصار كالوكان رجل شجرة يستظل بها جاره فأراد  
 قطعها لا يمنع من ذلك وإن تضرر به الجار بمنعه من ذلك الانتفاع وتصير هذه المسئلة برواية في مسئلة  
 لارواية لها في الكتب وصورتها بالفارسية في الذخيرة وغيرها وأصلها بالعربية بيتان رجلين لكل  
 منهما سقف واحد فأراد أحدهما أن يرفع البناء ويحجبه له ذاسق فيقال في الفتاوى الصغرى أن كان في  
 القديم بسقف واحد لا آخر أن يمنعه وإن كانا بسقفين فليس له منعه قال وحده القديم أن لا تحفظ أثره  
 وراء هذا الوقت كيف كان قال في الخلاصة فلو أقام أحدهما البنية على أنه قديم والآخر على أنه حديث  
 فبينة القديم أولى قال ولا تقبل شهادة أهل السكة في هذا قال في الذخيرة ينبغي أن لا يكون له المنع على  
 قياس هذه المسئلة لأن صاحب البيت الآخر يجعل بينه ذاسق فيقال في منعه من الانتفاع به وملك نفسه  
 انتهى وعلى تقدير الفرق فالفرق أن في هذه المسئلة وهي مسئلة البيتين يريد أن يمنعه من الضوء والضوء  
 من الحوائج الأصلية وفي مسئلة الأصل يمنعه عن الشمس والريح وذات من الحوائج الزائدة انتهى وأما  
 قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فلا شك أنه عام مخصوص للقطع بعدم امتناع كثير من الضرر  
 كالتعازير والحدود ونحوها وطبقة طبع ينتشر به دخان قد ينحس في خصوص أما كن فيض ضرره  
 جيران لا يطبخون لفرهم وحاجتهم خصوصاً إذا كان فيهم من يضطر به ويكأربنك من  
 الضرر بقطع الشجرة المملوكة للقاطع فلا بد أن يحمل على خصوص من الضرر وهو ما يؤدى إلى عدم  
 بيت الجار ونحوه من الضرر البين الفاحش وفي الذخيرة حكى عن بعض مشايخنا رحمه الله أن الدار  
 إذا كانت مجاورة لدار فأراد صاحب الدار أن يبنى فيها توتوراً للخبز الدائم أو رحن للطن أو مدقة للقصارين  
 يمنع منه لأنه يضر به جيرانه ضرراً فاحشاً قيل وأجوعوا على منع الدق الذي يهدم الحيطان ويوهنها  
 ودوران الریح من ذلك والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفتى صاحب المالك ما بدله  
 مطلقاً لأنه يتصرف في خالص ملكه وإن كان يلحق الضرر بغيره لكن يترك القياس في موضع يتعدى  
 ضرره إلى غيره ضرراً فاحشاً كما تقدم وهو المراد بالبين فيما ذكره الصدر الشهيد وهو ما يكون سبب الهدم  
 وما يوهن البناء سبب له أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع من الحوائج الأصلية كسب الضوء  
 بالكلية على ما ذكر في الفرق المتقدم واختاروا الفتوى عليه وأما التوسع إلى منع كل ضرر مما في سبب  
 باب الانتفاع بملك الإنسان كما ذكرنا قسرياً ومنه ما ذكر أبو اللمث في فتاواه شجرة أسطحها وسالجاتها

الرجل في الدار

لا ضرر ولا ضرار

الملك

فإن (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده الخ) دار يد رجل ادعى عليه آخر أن له فيها حصة أو أنكر ذوال اليد ثم صالح منها جاز  
الصلح وهو مسألة الصلح على الإنكار وسياق الكلام فيه في الصلح أن شاء الله تعالى فإن قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى  
ومكرية مقسدة له شرط صحة الدعوى ألا ترى أن ادعى على إنسان شيئا لم تصح دعواه أجب بأن المدعى وإن كان مجهولا والصلح  
على ماله لم يلزم عن مجهول جازر عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تقضى الى المنازعة والمانع منها ما أفضى اليها ولقد ائلف أن يقول  
جهالة المدعى إما أن تكون مانعة صحة الدعوى أو لا فإن كان الثاني صح (٥٠٧) دعوى من ادعى على إنسان شيئا

لكن لم تصح ذكره في  
النهاية ناقلا عن الفوائد  
الغنية به وإن كان الاول  
لما جاز الصلح فيما نحن فيه  
لجهالة المدعى لكنه صحيح  
والجواب باختيار الشق  
الاول ولا يلزم عدم جواز  
الصلح فيما نحن فيه لان  
صحة الدعوى ليست بشرط  
لصحة الصلح لانه لقطع  
الشغب والخصام وذلك  
يتحقق بالباطل كما يتحقق  
بالحق غاية ما في الباب أن  
الحاكم يقول للمدعى  
دعواك فاسد لا يترتب  
عليها شيء ويمكنه ازالة  
الفساد بأعلام مقدر  
مما يدعى فلا يكون رده  
مفسدا قال (ومن ادعى  
دارا في يد رجل الخ) اذا  
ادعى دارا في يد رجل أنه  
وهي له منذ شهرين مثلا  
وسلمها اليه وانما سلمه  
بطريق الهبة والتسليم  
وبعد دعواه ذوال اليد  
فمسئل البينة فقال بل  
بينة تشهد على الشراء  
لاني طلبت منه فجددني

قال (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جازر وهو مسألة الصلح على  
الإنكار) وسند كراهي الصلح أن شاء الله تعالى والمدعى وإن كان مجهولا فالصلح على ماله لم يلزم عن  
مجهول جازر عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تقضى الى المنازعة على ما مر قال (ومن ادعى دارا في يد  
رجل أنه وهبها له في وقت كذا فاستل البينة فقال جددي الهبة فاشترتها منه

متساويان فأخذ جازر حتى يتخذ ما يطالب به وبين جازر ليس له ذلك فلأمر إذا أن يمنعه من الصعود حتى  
يتخذ مسطرة فإن كان اذا صدع يدق بصره في دار جازر له المانع وإن كان لا يدق لكن يقع إذا كانوا على  
السطح ليس له المانع قال في فصول العمادى وعلى قياس المسئلة المتقدمة وهي أن لا يمنع صاحب  
الساحة من أن يتخذ صاحب العلو كوة ينبغي أن يقال في هذه ليس للجازر حق المانع من الصعود وإن كان  
بصره يقع في دار جازر ألا ترى أن محله ما رجه الله لم يجعل لصاحب الساحة حق منع صاحب البناء عن  
فتح الكوة في داره مع أن بصره يقع في الساحة والمراد من قوله يأخذ جازر ببناء الساحة أن يشاركه  
في بنائها إلا أن يستعمل هو بذلك ويدل عليه بعض العبارات في كتاب الحيطان دارين رجلين قسمها  
وقال أحدهما بنى حاجزا بيننا ليس على الآخر حاجز به وإن كان أحدهما يؤذى الآخر بالاطلاع  
عليه كان للقاضي أن يأمرهما ببنائه يتخارجان نفقته بقدر حصة كل منهما فيفعله القاضي للصحة  
ونظيرها في فتاوى أبي الليث رجل في داره شجرة فصراد فاذا ارتقاها يطلع على عورات الجار يمنعه  
القاضي منه اذا رآه قال في الذخيرة وعلى قياس مسألة فتح الكوة ليس للجازر ولا به المرافعة ولا للقاضي المانع  
انتهى ولقد أحسن الصدر الشهيد في واقعته حيث قال المختار أن المرتقى يخبرهم وقت الارتقاء مرة أو  
مرتين حتى يستروا أنفسهم لان هذا جاع بين الحقيقين (قوله ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي  
في يده ثم صالحه منها فهو جازر وهو مسألة الصلح على الإنكار وسند كراهي الصلح أن شاء الله تعالى) ونقل  
في النهاية عن بعضهم أنه أراد بالدعوى مقدارا معينا كالثمن ونحوه لتصح الدعوى فانها لا تصح مع  
جهالة المدعى به ونقل عن والظهير الذين أنه كان يقول الصلح عن الدعوى انما يصح اذا كانت صحيحة  
لان الصلح انما يصح لاقتداء اليمين واليمين انما تتوجه اذا صحت الدعوى قال وهذا يشكل على قول أبي  
حنيفة فإنه لو ادعى رجل على امرأة كاحافصا حلتسه على مال دفعته اليه صح مع أن اليمين لا تتصور في  
النكاح عنده فالحق أن الصلح يتحقق لدفع الشغب والخصام صححت الدعوى أو لم تصح ولذلك قال المصنف  
(والمدعى وإن كان مجهولا فالصلح على مجهول على معلوم جازر عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تقضى الى  
المنازعة) يعني وهو المانع (قوله) ومن ادعى دارا في يد رجل أنه وهبها له في وقت كذا فاستل البينة كقوله  
منذ شهر وسلمها الي فلست كما وهبها الا في يده وأطالبه بدفعها الي فطالبه القاضي باليمين فقال ليس  
لي بينة على الهبة بل على الشراء لانه بعد الهبة والتسليم ظفرهم فاحبسها عنى فاشترتها منه

الهبة فأضطرت الى شرائها منه فاشترتها منه وأشهدت عليه  
(قوله فإن قيل كيف يصح الصلح الخ) أقول الانسب أن يقرر السؤال الاول هكذا كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى جهالة مقسدة  
لا اثر العقود فيفسد الصلح أيضا ويوجب بأن المفسدة هي الجهالة المفضية الى النزاع وهذه ليست كذلك لانها جهالة في الساقط وأما على  
نقريه فلا يرتبط الجواب الاول بل الجواب حينئذ هو ما أجيب به عن السؤال الثاني كما يظهر بالنأمل الصادق (قوله لجهالة المدعى)  
أقول لا تصح الدعوى فلا يتوجه اليمين على المدعى عليه حتى يقتدى بالصلح على ما سيجي (قوله لانه لقطع الشغب) أقول ولا يلزم  
أن يكون لاقتداء اليمين على ما كتبتنا من النهاية ومعراج الدراية في الهامش



فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين قيل لو جاز قيام الجود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لا مرة بعد زوجه النكاح وعزمت على ترك الخصومة أن تزوج زوج آخر إقامة لهم مقام الفسخ لكن ليس له ذلك وأجيب بأن الشيء يقوم مقام غيره إذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد الزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع فإن قيل مجرد العزم قد لا يثبت به الحكم كعزم من له شرط الخيار على النسخ فإن العقد لا يفسخ بمجرد تنزل المصنف في الجواب فقال وبمجرد العزم إن كان لا يثبت به الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو امسالك الجارية ونقلها من موضع الخصومة إلى بيته وماضاهيه كالاستخدام لأن ذلك لا يحل بدون الفسخ فتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منه مادالة وبدينه فمقال زفرانه لا يحل له وطؤها لأن البائع متى باعها من المشتري بقيت على ملكه ما لم يبيعها أو يتقايلا ولم يوجد ذلك لأن التقاييل موجود دلالة (قوله ولأنه) دليل آخر فإن المشتري لما جدد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ولما تعذر فوات رضا البائع وفواته وجب الفسخ لقوات ركن البيع فيستقل بفسخه فيجعل عزمه فسخا على ما هو والفرق بين الدليلين أن الانفساخ كان في الأول مترتبا على الفسخ من الجانبين وجعل (٥٠٩) بجوده فسخا من جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب

فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم إن كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امسالك الجارية ونقلها وماضاهيه ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فوات رضا البائع فيستبد بفسخه قال (ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زيف صدق) وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض أيضا

معاجيت يفسخ قطعا (فإن عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ) وأورد عليه أن مجرد العزم لا يحصل به الفسخ ألا ترى أن من له خيار الشرط إذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا يفسخ الجواب بأن المراد العزم المؤكد بفعل اقترن به من امسالكها أو نقلها إلى بيته فإن امسالكها لا يحل بالفسخ فكان الفسخ باتباعه دلالة كمن قال لا خير ترك هذه الدابة يوما بكذا الترتيب إلى مكان كذا فأخذ المستأجر ليركبها كان ذلك قبولا لدلالة لأن الأخذ والاستعمال لا يحل بالقبول وفي المحيط تفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكفي بمجرد النية وبني في القوائد الظهيرية عليه فقرأه في الجامع اشتري عبدا ثم باعته من آخر فجعد المشتري الثاني البيع فخاصمه المشتري الأول إلى القاضي ولا يثبت له فعزم المشتري الأول على ترك الخصومة ثم أطلع على عيب كان عند البائع الأول وأردده فاحتج البائع الأول عليه بدعواه البيع على الثاني فإن كان عزم المشتري على ترك الخصومة بعد تحليف الثاني يرد له أو قبله فلا لأنه غير مضطر في فسخ البيع الثاني وهذا بخلاف ما لو جدد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها أن تزوج والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الاستباب الوجه الثاني التزام الفسخ يحصل بواحد وهو قوله ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فوات رضا البائع فيستبد بفسخه لقوات شرط البيع وهو التراضي وسند كرتظر صاحب السكافي في مذاق الوجهين قريبا (قوله ومن أقر) هنا مسائل الاقرار بالقبض ومسائل الاقرار بالدين أمام مسائل القبض ما إذا أقر (أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زيف صدق) وفي بعض النسخ اقتضى وهو أيضا القبض يعني أقر أنه قبض من مديونه بدين قرض

استبد الا وهو فيه ما لا يجوز كما تقدم فإن قيل الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار بقبض الحق وهو الجهاد على ما له حق قبضه لا ما ليس له ذلك ولو أقر بقبض حقه ثم ادعى أنه زيف لم يسمع منه فكذا هذا أجاب المصنف بقوله والقبض لا يختص بالجهاد وهو منج للأزمة وقوله جلا لخاله على ما له حق قبضه مسلم والزيف له حق قبضه لأنه دون حقه وإنما المنوع من القبض ما يرد على حقه وإذا لم يكن القبض مختصا بالجهاد فالقرار به لا يستلزم الاقرار بقبض الجهاد فبدعواه الزيف لم يكن متناقضا بل هو منكر قبض حقه والقول قول المنكر باليمين والنهر بجهة كالزيف لكونها من جنس الدراهم لما تقدم

(قوله تنزل المصنف في الجواب الخ) أقول في العبارة تسامح (قوله لأن ذلك لا يحل بدون الفسخ) أقول فيه شيء حيث يفهم منه أن يتقدم الفسخ على النقل وماضاهيه والمتهوم من السياق هو التأخر وتوجيهه غير خفي (قوله لقوات ركن البيع) أقول فيه بحث لأن الرضا شرط إلا أن يجعله ركنا مجازا (قوله أو ثمن سلعة) أقول فيه بحث (قوله ثم قال انه زيف) أقول أي المقبوض زيف (قوله دل على ذلك الخ) أقول أي على استوائهما فإنه إذا صدق في قوله مفسد لا على ما يدل عليه ثم يسلم تصديقه موصولا بالطريق الأولى

وعلم من هذا أنه لو أقر بالجحد وهو حقه أو بحقه أو بالحق أو بالاستيفاء ثم ادعى كون المقيض ز يوفاً أو زهراً بجهة لم يصدق لا قراره بتبعض الجهاد ثم يحاق بالزول ودلالة في الباقي لأن حقه في الجحد والحق في الاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزوف متناقضاً ومن هذا أظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيباً في المبيع على البائع وأنكره فإن القول قول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لأن المشتري أقر بتبعض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر قال القول قوله فكان من القبول انتهى أعني المقر بتبعض الحق فلا يرد نقضاً على القبول الأول قال صاحب النهاية جمع بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فإنه إذا أقر أنه قبض الدراهم بالجهاد ثم ادعى أنها زوف فأنه لا يصدق لا موصولاً ولا موصلاً وبما بقي لا يصدق موصولاً ولكن يصدق موصولاً والفرق هو أن في قوله قبضت مالي عليه أو حقي عليه جعل مقراً بتبعض القدر والجودة بلفظ واحد فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجمل فصح كما لو قال فلان على ألف الأمانة فأما إذا قال قبضت عشرة جياد فقد أقر بالزوف بل قد على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فإذا قال إلا أنها زوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل لمن قال إلا فلان على مائة درهم ودينار الأمانة لأن الاستثناء باطل وإن ذكره موصولاً كداهننا (قوله وفي المستوفة لا يصدق) يعني لو ادعى بعد الإقرار بتبعض العشرة لم يصدق لأنه ليس من جنس الدراهم حتى لا يجوز به في الصرف والسلم لم يحز فكان متناقضاً في دعواه قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقاً وليس كذلك ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الإقرار ما يدل على أنه إن ادعى الرصاص بعد الإقرار بتبعض الدراهم كان مفصولاً لم يسمع وإن كان موصولاً يسمع والمستوفة أقرب إلى الدراهم من الرصاص فإذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي المستوفة أولى وكان الاعتراضين وقع والدول عن التدقيق (٥١٠) في كلام المصنف فإن كلامه فيما إذا قال مفصولاً بدلالة قوله ثم ادعى

أوجهه أن الزوف من جنس الدراهم إلا أنها مبيعة ولهذا لا يجوز به في الصرف والسلم جاز والقض لا يختص بالجهاد فيه صدق لأنه أنكر قبض حقه بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجهاد أو حقه أو الثمن أو استوفى لأقراره بتبعض الجهاد صريحاً أو دلالة فلا يصدق والنهر حجة كالزوف وفي المستوفة لا يصدق لأنه ليس من جنس الدراهم حتى لا يجوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال والنهر حجة ما رده التجار والمستوفة ما يغلب عليه الغش

أقرضه أو غن مبيع أو بدل اجارة أو قال غصب منه أو أو دعى ألف درهم ثم قال إلا أنها زوف أو نهر حجة أو قال بعد ثم حتى زوف أو نهر حجة يصدق في الرضل والفصل وفي المبسوط أقر الطالب أنه قبض بماله على فلان مائة درهم ثم قال وجدته زوفاً فالقول قوله وصل أم فصل وإطلاق المصنف قوله صدق بغيره وهذا بخلاف ما إذا أقر بالدين في المبسوط في باب الإقرار بالدين لو قال فلان على ألف درهم

فإنه لا راجح ولا نزاع في غير الزوف والنهر حجة أنه إذا ادعاه لا تقبل موصولاً وأما أنه هل يقبل موصولاً أو لا لم يصرح بذلك كره اعتماده على أنه لما كان بيان تغيير وهو لا يقبل موصولاً ويقبل موصولاً وذكر أحد الجانبين فهم الجانب الآخر بقي الكلام فيما إذا أقر بالدراهم

الجهاد وادعى أنها زوف فأنه لا يقبل مفصولاً ولا موصولاً كما تقدم ويجب أن ذلك بأن المنع هناك درهم عن قبول الموصول أعماهو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما هو لا من حيث أنه بيان تفسير إن صح ذلك عن الأصحاب أو عن الشايخ وقد اختاره المصنف

(قوله لو أقر بالجحد وهو حقه أو بحقه أو بالحق أو بالاستيفاء ثم ادعى كون المقيض ز يوفاً أو زهراً بجهة لم يصدق لا قراره بتبعض الجهاد ثم يحاق بالزول ودلالة في الباقي لأن حقه في الجحد والحق في الاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزوف متناقضاً ومن هذا أظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيباً في المبيع على البائع وأنكره فإن القول قول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لأن المشتري أقر بتبعض حقه الخ) أقول قوله أنكر أي في زعم السائل وقوله أقر أي دلالة ثم أقول قال العلامة الزبلي وبخلاف ما إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البائع لأن المبيع متعين في البيع فإذا قبضه فقد أقر أنه استوفى قبض عين حقه دلالة ثم يدعواه العيب بعد ذلك صار متناقضاً لا يقبل كلامه بخلاف ما نحن فيه فإن الدراهم لا تتعين وحقه ثابت في الذمة ولم يقرب قبض حقه وإنما أقرب قبض الدراهم وهي متنوعة فبالإقرار بقبضها لم يكن مقراً بقبض حقه انتهى توضيح ما ذكر في دعوى العيب وفيه بحث لأنه لو صح يلزم أن لا يسمع شهوده لأنه فرع صحة الدعوى ولا صحة مع التناقض (قوله وليس الحكم فيها على السواء) أقول لأن قوله جهاد مفسر لا يقبل التأويل بخلاف غيره لأنه ظاهر وأنص فيتمثل التأويل هكذا قيل (قوله والفرق هو أن في قوله قبضت مالي عليه الخ) أقول ولا يخفى على ذلك أن دعواه كونها زوفاً لا يلزم أن يكون بطريق الاستثناء حتى يستقيم الفرق (قوله وذكر أحد الجانبين) أقول يعني البيان مفصولاً (قوله فهم الجانب الآخر) أقول جواب لما (قوله وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما هو) أقول فيه ما مر

درهم من غن مبيع أو قرض أو اجارة إلا أن يزوف أو نهرجة لم يصدق في دعوى الزينة وصل أم فصل  
 في قول أبي حنيفة وعندهما يصدق أن وصل لا أن فصل ولوقال لفلان على ألف درهم من غير ذكر  
 سبب تجارة أو غصب قال بعض المشايخ هو على الخلاف أيضا لأن مطلق الاقرار بالدين ينصرف إلى  
 الالتزام بالتجارة أذهو الاتق بحال المسلم وقيل يصدق هنا إذا وصل بالاتفاق لأن صفقة الجوده تصير  
 مستحقة بعقد التجارة فإذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفقة الجوده مستحقة وتأتي الحجج أن  
 شاء الله تعالى من الجانبين وقال الشافعي وأحمد إذا فصل لا يقبل في جميع الصور لأنه كإذ كر العشرة  
 فهم الجياد وقوله هي زوف رجوع عما أقربه قلنا في مسئلتنا إنما أقر بقبض الدراهم وقبض  
 الدراهم لا يختص بالجياد لأن اسم الدراهم لا يختص بالجياد بل يقع على الزوف والنهرجة  
 فإذا قال هي زوف أو نهرجة كان حاصله أنه اعترف بقبض عدة من الدراهم منكمرا أنه  
 قبض حقه أعني الجياد فصدق مع عينه إذا كان الآخر يكذبه ولم يكن رجوعا عن شيء لأن  
 الأعم يصدق على كل أخص فإذا نفي أنه بعد ما صدق عليه بعينه وأنه مما صدق عليه الأخرى لا يكون  
 مناقضا لما قاله هو مستوفى أو رصاص لا يقبل لأنها ليست من جنسها فكان رجوعا وأما  
 لو اعترف أنه قبض الجياد وحقه أو الثمن أو استوفى ماله عليه لا يصدق في دعواه الزوف والنهرجة  
 لأنه في هذا مقرر بقبض الجياد صريح في الأول ودلالة فيما بعده لأن حقه والثمن وكذا بدل الاجارة هي  
 الجياد قال في النهاية جمع المصنف بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها  
 على السواء فإنه إذا أقر بقبض الجياد ثم ادعى أنها زوف لا يصدق لا موصولا ولا مقصودا ولا وفيما بقي  
 يصدق موصولا لا مقصودا والفرق أن قوله قبضت مالى عليه أو حتى اقرار بقبض القدر والجوده بلفظ  
 واحد فإذا استثنى الجوده فقد استثنى البعض من الجلة فيصح موصولا كما لو قال على ألف الامانة أما إذا  
 قال قبضت عشرة جياد فقد أقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجوده بلفظ على حدة فإذا قال الأنا  
 زوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجوده وذلك باطل كما إذا قال على مائة درهم ودينار الدينار  
 فإن الاستثناء باطل وإن كان موصولا فإن قيل يجب أن لا يصح استثناء الجوده وإن دخلت تحت الاقرار  
 بلفظ واحد لأن الجوده تبع للدراهم وصفتها واستثناء التبع موصولا لا يصح كاستثناء البناء من  
 الدار لا يصح وإن كان موصولا قلنا إنما لا يصح استثناء البناء لأنه دخل تحت اسم الدار تبع ما فلا يجوز  
 آخرجه موصولا وأما الجوده فقد دخلت تحت اللفظ مقصودا كالوزن لأنه أقر بقبض ما عليه وكما عليه  
 تسليم الوزن عليه الجوده فكانت داخل تحت قوله مالى عليه وحقي عليه مقصودا لا تبعه فيجوز استثناءه  
 موصولا انتهى وقال صاحب الدراية بعد أن نقله فيه نوع تأمل وعندى أن التأمل يشده لا يرده وكأنه  
 والله أعلم أشكل عليه تبعية الجوده لما ذكر في السؤال من أنها تبع وصفة للدراهم والصفة أبدا تابعة  
 للموصوف وهما اسم وعن قوله دخلت تحت اللفظ مقصودا فحصل رده على السائل أن ما يكون تبعها  
 في الوجود قد يكون مقصودا للتكلم باللفظ وصحة الاستثناء باعتبار كونه مقصودا من اللفظ كقصده  
 الباقي سواء كان تبعها في الوجود له أو أصلا مثله وإنما كانت المستوفى ليست من جنس الدراهم لأن غشها  
 غالب واسم الدراهم باعتبار الفضة والنسبة إلى الغالب متعين فإذا كان الغالب هو الغش فليست  
 دراهم الا حجازا ولذا قيل هو معرب سه طاقه يعني ثلاث طاقات الطاق الاعلى والاسفل فضة والوسط  
 نحاس وهي شبه الموهو وتقع في النهاية إطلاق قوله في المستوفى لا يصدق بل ذلك إذا قال مقصودا أما  
 في الموصول يجب أن يصدق لأنه قال في اقرار المبسوط لو أقر أنه قبض خمسمائة درهم عماله على المديون  
 ثم قال بعد ما سكت هو رصاص لم يصدق لأن اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة وإن قال موصولا  
 فالقول قوله لأن الرصاص من الدراهم صورة وإن لم يكن منها معنى فكان بيانا مغيرا للظاهر كلامه إلى

فأنه ماء زاه إلى شيء من  
 النسخ وتثنيه باسمه  
 الدينار قيد لا ينض لان  
 الجوده وصف لا يصح  
 استثناءه فكأنه لم يستثن  
 ثم فسر الزوف بما زيفه  
 بيت المال أي رده والنهرجة  
 بما رده التجار ولعله أردأ  
 من الزيف والسوة  
 ما يغلب عليه الغش قيل  
 هو معرب ستو وهي أردأ  
 من النهرجة حتى خرج  
 من جنس الدراهم

(قوله لا يصح استثناءه)  
 أقول مطلقا وإذا كان  
 دخوله في المستثنى منه  
 تبعه لا مقصودا والثاني مسلم  
 ولا كذلك فيما نحن فيه  
 والاول ممنوع

قال (ومن زال لا خرك على ألف درهم الخ) اعلم أن الاقرار إما أن يكون بما يحتمل الإبطال أو بما لا يحتمله فإن كان الأول فإما أن يستقل المقر بأبائه أو بالأول يرتد المقر له مستقلاً ذلك كإقرار المقر يستقل بأبائه والثاني يحتاج إلى تصديق خصمه فعلى هذا إذا قال لا خرك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء لأن المقر أقر بما يحتمل الإبطال وهو مستقل بأبائه ما أقر به (٥١٣) لا محالة وقد رده المقر له فبرده وقوله بل لي عليك ألف درهم غير مفيد لأنه دعوى

قال (ومن قال لا خرك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء) لأن إقراره هو الأول وقد ارتد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجّة أو تصديق خصمه بخلاف ما إذا قال لغیره اشتريت وأنكره الآخر له أن يصدقه لأن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالقسخ كما لا يتفرد بالعقد والمعنى أنه حقه ما بقي العقد فعمل التصديق أم المقر له يتفرد برده الأقرار فافتقرا

فلا بد له من حجّة أى بينة أو تصديق الخصم حتى لو صدقه المقر بأبائه الماله استحساناً وإذا قال اشتريت منى هذا العبد فأنكره أن يصدقه بعد ذلك لأن إقراره وإن كان بما يحتمل الإبطال لكن المقر لم يستقل بأبائه فلا يتفرد أحد المتعاقدين بالقسخ كما لا يتفرد بالعقد بمعنى المقر له لا يتفرد بالرد كما أن المقر لا يتفرد بأبائه والمعنى أنه حقه ما بقي العقد فعمل التصديق بخلاف الأول فإن أحدهما يتفرد بالاثبات فيتفرد الآخر بالرد قلت إن عزم المقر على ترك الخصومة وجب أن لا يفيد التصديق بعد الانكار فإن القسخ قد تم ولهذا لو كانت جارية حل وطؤها كما تقدم ويجوز أن يقال إن قوله ثم قال في مكانه إشارة إلى الجواب عن ذلك فإن العزم والنقل كالأدليل القسح وبه سقط ما قال في الكافي ذكر في الهداية أن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالقسخ وذكر قبله ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فأتى رضا البائع

ما هو محتمل فيه موصولاً في السقوة أولى لأن الرصاص أبعد منها إلى الدراهم وذكر الحبوب في جامع مصر جافاً قال فما إذا قال وجدته استوقفة أو رصاصاً قال شيخ الإسلام خواهر زاده ذكر محمد أنه يصح إذا كان موصولاً وقدّمنا أن القول قول القابض مع عيینه فلا عين على الطالب أنها كانت جباراً في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أحلفه إذا تهمته (قوله ومن قال لا خرك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء) أو قال هي لك أو قال هي لفلان فقد رد إقراره فلو عاد إلى تصديقه وادعى الألف لم يسمع منه إلا أن عاد المقر إلى الإقرار به بعد رد المقر له فصدقه بعد الإقرار الثاني فإنه ثبت استحساناً لقياساً بخلاف ما لو أقر سيد العبد بنسبه لأنسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند أبي حنيفة رجه الله لأن الإقرار بالنسب لا يرتد بالرد حتى كان للراد أن يعود ويدعيه فلما لم يطل بالرد في مقراب نسبه لغيره فلا يمكن أن يدعيه لنفسه (ولو كان الإقرار بسبب المال مثل أن يقول اشتريت منى وأنكره أن) يعود (بصدقه لأن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالقسخ) فأنكاره أن كان فسحاً من جهته لا يحصل به الانفساخ وكان العقد قائماً بعد أنكاره فله أن يصدقه بعد ذلك (أما المقر له) بالمال (فيتفرد بالرد فافتقرا) ونافضه في الكافي بأنه ذكره أن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالقسخ وفيما تقدم يعنى من مسألة التجاحد قال ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فأتى رضا البائع فيستبد بالتوفيق بين كلاميه صعب انتهى وهو صحيح وبقضى أنه لو تعذر الاستيفاء مع الإقرار بأن مات ولا يئنه أن له أن يفسخ ويستمتع بالجارية فالوجه ما قدمه أولاً وهذه فروع ذكرها في النهاية لو صدقه ثم رد إقراره لا يرتد لو وهبت المرأة صدقها لزوجها وقبل ثم رده فرده باطل وكذا القول المدعون الإراء ثم رده وكذا القول لعبدته وهبت لك رقبة فركه لا يرتد بالرد لأنه اعتاق هذا كله في رد المقر له إقرار المقر فإما لورد المقر إقراره نفسه كان أن يقر بقبض المبيع أو الثمن ثم قال لم أقبض وأراد تحليف الآخر أنه أقبضه أو قال بعد أن أقر بقبض المبيع لم أقبض أو قال هذا فلان ثم قال هو لي وأراد تحليف فلان أو أقر بدين ثم قال كنت كاذباً وأراد تحليف الدائر أنه أقبضه لا يحلف في المسائل كلها عند أبي حنيفة ومحمد لأنه متناقض فهو كالمقر قال ليس لي على فلان شيء ثم ادعى عليه ما لا وأراد تحليفه لا يحلف ويخند أبي يوسف والشافعي يحلف وهو رواية عن أحمد لأن العادة جرت على هذه الأشياء قبل تحققها تحرزاً من امتناع القابض عن الأشهاد بعد أن يسلبه فيجب أن يراعى العادة وصار كما لو أقر بالمبيع وقال كان لنجبة وطلب بين الآخر حلف بحاميه كذا هذا وقال الصمد الشاهد الرأى في التحليف إلى القاضي يريد أنه يجتهد في

فيستبد بنفسه والتوفيق بين كلاميه صعب وذلك لأنه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد وهنالمأقر المشتري في خصوص مكانه بالشر لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالقسخ وإن كان الثاني كما إذا أقر بنسب عبده من إنسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فإنه لا يثبت منه النسب عند أبي حنيفة رجه الله لأن الإقرار بالنسب إقرار بما لا يحتمل الإبطال فلا يرتد بالرد وإن وافقه المقر على ذلك قال المصنف (فلا بد من الحجّة) أقول كيف قبل حجته وهو مناقض في دعواه تأمل في جوابه (قوله فإن العزم والنقل الخ) أقول التقل قد يكون بالأمر الغلام نفسه أو لغيره والأمر في مكانه

المدعى به والمدعى عليه  
على التضاد أو البراءة قبل  
زمان الحال لم يتصور تناقض  
أصلاً فإذ ادعى المسئلة على  
قبول البينة عند إمكان  
التوفيق من غير دعواه  
واستدل الخصم بمسئلة  
الكتاب بفصل دعوى

خصوص الوقائع فان غلب على ظنه انه لم يقبض حين أقروا شهادته بخلافه ختمه وان لم يغلب على ظنه  
 فيه ذلك لا يحلفه وهذا انما هو بالتفرس في الاخصام والله الهادي (قوله ومن ادعى على آخر مالاً)  
 معلوم القدر وما تصبح به الدعوى (فقال) المدعى عليه (ما كان لك على شيء قط فأقام المدعى البينة  
 على ألف وأقام هو بينة على القضاء قبلت بينته وكذلك) لو أقامها (على البراء وقال زفر لا تقبل)  
 ونقل عن ابن أبي ليلى (لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكر الوجوب) حيث قال ما كان لك على شيء  
 قط فاذا أقام بينة على انه قضاء ناقض (ولنا أن التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى دفعاً للشغب) وان  
 لم يكن عليه حق (ويبرأ منه) اذا (يقال قضي بباطل) أيضاً (قد يصلح على شيء فيثبت ثم يقضى  
 وكذا لو قال ليس لك على شيء قط لان التوفيق أظهر) لانه نفي في الحال وهو لا يستلزم النفي مطلقاً  
 لجواز القضاء أو البراء به سد الزوم فينتفي في الحال بعد وجوده وهذا الاطلاق يقتضى قبول البينة اذا  
 احتاج الى التوفيق من غير دعوى التوفيق وفي بعض المواضع شرط محجود دعوى التوفيق ولم يذكر في  
 بعض المواضع ففعل يشترط الدعوى في الكل ويحمل ما سكت فيه على ما ذكرناه حتى قال في الاقضية  
 لا ينبغي للقاضي أن يوفى لانه نصب لفصل الخصومات لالانشاء اولان القاضي لا يدري ما يوفى به المدعى  
 وفي الفوائد الظهيرية كان والذي يفتى بأن التوفيق اذا كان ممكناً يجب على الحاكم التوفيق كي لا تعطل  
 حرج الشرع والتوسط في هذا أن وجه التوفيق اذا كان ظاهراً متبادراً يجب أن يسمع البينة بالتوفيق  
 المدعى كقوله ليس لك على شيء ثم أقامها على انه قضاء ونحوه وان كان متعكفاً لا يعتبره القاضي واقعام  
 يذكره المدعى والله سبحانه أعلم وذلك مثل قوله وهب الي ثم أنكر فاشترته وكذا فيما يأتي في الجارية لم أبعها  
 له ولكن أقام بينة كاذبة بالميخ فسأله أن يبرئني من العيوب فان مثل هذا في الحقيقة تلقين للعبث هذا  
 (فالو) زاد على ذلك (قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك) أو قال ولا رأيتك أو قال ولا جرى بيني وبينك  
 مخالطة ولا أخذ ولا اعطاء وما اجتمعت معك في مكان وما أشبه ذلك ثم أقام بينة على القضاء أو البراء (لم  
 تقبل) لتعذر التوفيق (وذكر القدرى) عن أصحابنا (انما تقبل أيضاً لان المحتجب أو المخدرة  
 قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بارضاءه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق) فعلى هذا قالوا

القصص والرق فقال ألا ترى  
 أنه لو ادعى على رجل دم عمه  
 فلما ثبت عليه أقام المدعى  
 عليه بينة على الإبراء والعفو  
 أو الصلح معه على مال قبلت  
 وكذا لو ادعى رقبة جارية  
 فأنكرت وأقام البينة على  
 رقبته ثم أقامت هي بينة على  
 أنه أعتقها أو كاتبها على ألف  
 وانهم أدت الالف إليه قبلت  
 ولو قال ما كان لك على شيء  
 قط ولا أعرفك أو ما أشبهه  
 كقوله ولا رأيته ولا جرى  
 بيني وبينك مخالطة والمسئلة  
 بحالها لم تقبل بينته على  
 القضاء وكذا على الإبراء لم يضر  
 التوفيق إذا لا يكون بين اثنين  
 أخذوا عطاء وقضاه وافتضاء  
 ومعاملة بلا خلطة ومعرفة  
 وذكر القدوري عن أصحابنا  
 أنه أيضا تقبل لأن المحجب أو  
 المخدرة قد يؤذي بالشغب على

(٦٥ - فتح القدير خامس) بابه فيما حرم بعض وكلائه بارضائه ولا يعرّفه ثم يعرّفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكناً فالإرواع على هذا إذا كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بيته وقيل تقبل البيته على الأبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لأنه يتحقق بالإحرفة

قال المصنف (ولأن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ) أقول مخالف لما سيأتي في الإقرار في تعليل كونه قوله قضيتكمها إقراراً قال المصنف (وكذا إذا قال ليس للناج) أقول لأن ليس لنفي الحال في وضع اللغة فلا يكون مناقضاً في دعوى القضاء لأنظاعراً ولا حقيقة بخلاف قوله ما كان لأنه لنفي الماضي فيكون مناقضاً من حيث الظاهر



قال ( ومن ادعى على آخرائه باعه جاريته هذه الخ ) ومن ادعى على آخرائه باعه جاريته هذه فقال المدعى عليه لم ابعها منك قط فوجدتهم اعيانهم يحدث مثل في مثل تلك المدة كالاسبوع الزائدة وأراد ردوا ما قام المدعى البيعة على اشراء ( ٥١٤ )

قال ومن ادعى على آخرائه باعه جاريته فقال لم ابعها منك قط فاقام المشتري البيعة على الشراء فوجدتهم اعيانهم يحدث مثل في مثل تلك المدة كالاسبوع الزائدة وأراد ردوا ما قام المدعى البيعة على اشراء ( ٥١٤ )

عنى البائع فاقام البيعة على انه برئ اليه من كل عيب لم يشبه بيته كره في البيع المبرور ولم يعتد بخلافه والخصاف آتتبه عن أبي يوسف وأثر إليه المستند بشو له وعن أبي يوسف انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا من صورة الدين فانه لو أنكره أصلا ثم أقام البيعة على القضاء أو الإبراء قبلت لأن غير الحق قد يقضى فأمكن التوفيق فكذلك يجوز ههنا أن يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سأنته أن يرثني من العيب فأبرأتني وجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره وذلك يقتضى وجود أصل العقد لأن الصفة بدون الموصوف غير متصورة وهو قد أنكره فكان مناقضا بخلاف مسألة الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا على ما مر قال ( ذكره حق كذب في أسئلة الخ ) إذا أقر على نفسه وكتب صكا وكتب في آخره ومن قام به هذا الله كرا الحق فهو ولي ما فيه وأراد بذلك من أخرجه هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك إن شاء الله تعالى أو

بجاء التفصيل فإن كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بيته والادبلة وفي الشافى لو قال لم أدفع اليه شيئا ثم ادعى الدفع لم يسمع لانه يستحيل أن يقول لم أدفع اليه شيئا وقد دفعته أما لو ادعى اقراره بالدفع اليه أو القضاء ينبغي أن يسمع لأن المناقض هو الذى يجمع بين كلامين وهما لم يجمع ولهذا لو صدقته المدعى عيانا لا يكون مناقضا ذكره التمرناشى وقيل تقبل البيعة على الإبراء في هذا العقد بال اتفاق الروايات لأن الإبراء يتحقق بالمعرفة ( قوله ومن ادعى على آخرائه باعه جاريته فقال لم ابعها منك قط فاقام المدعى البيعة على شرائه ) ايها منته فقبضها ( فوجدتهم اعيانهم يحدث مثل في مثل تلك المدة ) أي لو ادعى اقراره بالبيع لم يقبل وعن أبي يوسف انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا ) يعنى التوفيق في الدين وقوله وعن أبي يوسف يشترى إلى أنها ليست ظاهر الرواية عنه ولذا لم يذكر محمد فيه خلافا بين أصحابنا في الجامع الصغير وانما حكمه بالخصاف عن أبي يوسف رحمه الله ووجه التوفيق ههنا أن يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سأنته أن يرثني من العيب فأبرأتني قال شارح ولأن البيع غير البراءة من العيب فبعدوا أحدهما لا يمنع دعوى الآخر ولا يخفى ما فيه وذكر وجه التوفيق أيضا أن يكون البائع وكيلًا عن المالك في البيع فكان قوله للمالك باعه ههنا كقط صدقا فأقامة البيعة على البراءة من العيوب ليس مناقضا والوجه أعم لأنه لو كانت هذه الدعوى على الوكيل نفسه لا يوفق بذلك وتظهره ما ذكر التمرناشى أقام بيعة على الشراء وذكر المدينكر ثم أقام المنكر بيعة على أن المدعى قد رد البيع قبلت ولا يبطل إنكاره البيع بيته لانه يقول أخذت ما منى بيته كاذبة ثم استقلته فأقالتى ( ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعى وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وإن كان باطلا ) ولا يخفى أن كلامنا وجه التوفيق الأول والثالث يدفع هذا ( قوله ذكره حق ) يعنى مكافى اقرار الدين ( قال في آخره ومن قام به هذا الله كرا الحق فهو ولي ما فيه ) يعنى من أخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق ثم كتب ( إن شاء الله ) متصلا بهذه الكتابة أو صك شراء كتب فيه وما أدرك فلانا المشتري من الدرك فعلى فلان خلاصه إن شاء الله ( فعند أبي حنيفة يبطل الصك كله ) الذين في الأول والشراء في هذا الخلاص ( وعندهما كل من الدين والشراء صحيح وقوله إن شاء الله ينصرف إلى ما يليه ) وهو وكلة من قام به وضمان الدرك خاصة ( وقولهما استحسان له أن الكل بواسطة العطف كثنى واحد ) اتصل به الاستثناء ( فينصرف إلى الكل ) للاتفاق على أن قول القائل عبده حروا أمر أنه ظالم وعليه الشيء إلى بيت الله إن شاء الله يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر ( ولهما ما أن الاستثناء ينصرف

كتب في كتاب شراء ما أدرك فيه فلان من درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه إن شاء الله تعالى يبطل الذي كرهه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال الاستثناء ينصرف إلى قوله على فلان خلاصه وإلى من قام به كرا الحق والشراء صحيح والمثل المقربة لازم لانه استثناء بالاستثناء ينصرف

الى ما يليه لانه للاستيثاق والتوكيد وصرفه الى الجميع مبطل فافرض الاستيثاق لم يكن له هذا الخلف باطل ولان الاصل في الكلام الاستعداد فلا يكون ما في الصك بعضه مرتباً ببعض فينصرف الاستثناء الى ما يليه وهذا استحسان والجواب ان الذكر للاستيثاق مطلقاً واذا لم يكتب في آخره ان شاء الله تعالى والثاني مسلم ولا كلام فيه والاول عين النزاع والاصل في الكلام الاستعداد اذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف ولا يبيح حنيفة رحمه الله ان الكل فيما نحن فيه كشي واحد يحكم العطف فنصرف الى الكل كالو قال عبده حر واهر انه طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله تعالى فانه ينصرف الى الجميع هذا اذا كتب الاستثناء متصلاً من غير فرجة بياض ليصير بمنزلة الاتصال في الكلام وأما اذا ترك فرجة قيل قوله (٥١٥) ومن قام بهذا الذكرك فقد قالوا لا يلحق

به ويصير كفاصل السكوت وفائدة كتبه ومن قام بهذا الذكرك في الشروط اثبات الرضا من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول أبي حنيفة فان التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح بالضرورة وكونه توكيلاً مجهولاً ليس بضار لانه في الاسقاطان للمقران لا يرضى بتوكيل المقر له من خصم معه لما لحقه من زيادة الضرر بتفاوت الناس في الخصومة فاذا رضى فقد أسقط حقه واسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقدم وقيل هو للاخترا عن قول ابن أبي ليلى لانه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم الا اذا رضى يوكله وكيلاً مجهولاً عن مذهب أبي حنيفة فان الرضا بالوكالة المجهولة عنده لا يثبت فوجوده كعدمه

(فصل في القضاء بالمواريث)

قد تقدم لنا الكلام فيما يوجب تأخير هذا الفصل الى هذا الموضع قال (واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة الخ) ذكر مسئلتين مما يتعلق اثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت امر في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر وهو على نوعين أحدهما أن يقال كان ثابته في الماضي فيكون ثابتاً في الحال كحياة المفقود والثاني أن يقال هو ثابت في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كسرمان ماء الطاحونة كما سئله وهو حجة دافعة لا مثبتة عندنا كما عرف في أصول الفقه فاذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته

قال المصنف (وله ان السكوت الى قوله ان شاء الله) أقول لا يقال كيف خالف أبو حنيفة أصله فان الاستثناء ينصرف الى الجملة الأخيرة على أصله لان ذلك في الاستثناء بالاقول قوله ان شاء الله شرط ساغ إطلاق الاستثناء عليه في عرفهم وليس اياه حقيقة فتأمل والله تعالى أعلم (فصل في القضاء بالمواريث)

الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستعداد (فقام العلم بالمقصود من كتب الصك دلالة على قصر انصرافه الى الاخير هذا هو العادة وعليه يحمل الحادث لا على انه قد يكتب للإبطال الغرض قد يتفق وظاهر الوجه من الجانبين ان ان شاء الله أجرى بالاتفاق مجرى الاستثناء غير أن أبا حنيفة خالف مقتضاه وهو انصراف الاستثناء الى ما يليه خاصة بسبب العطف وهما سلباً ذلك لولا عروض فهم الغرض من كتبه وهو بعبارة ذلك كان كذلك لم يتصور وجود جمل متعددة ببعضها استثناء فينصرف الى الأخيرة لان وجود الجمل المتعددة انما يكون بالعطف فاذا كان العطف يصيرها كواحد لزم في كل استثناء متصل بحمل منسوق بعضها على بعض أن ينصرف الى الكل ويستحيل وجود المستثنى بل الوجه أن ان شاء الله شرط وحكم الشرط اذا تعقب جملاً منسوقة بعضها على بعض أن ينصرف الى الكل ولذلك لم يعتق ولم تطلق ولم يلزم النذر فيما ذكرنا فشيء أبو حنيفة على حكمه وهما أخرجا صور كتب الصك من عمومها بعرض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملاً متعاطفة وهو ما ذكرناه ولذا كان قولهما استحساناً راجحاً على قوله هذا اذا كان ان شاء الله مكتوباً متصلاً بالكتابة فلو فصل بياض وهو الفرجة صار كفاصل السكوت فلا يعمل شيئاً اتفاقاً وقد ورد أن هذا الكلام يقتضي انه لو لم يكتب ان شاء الله لم يبطل شيء ويلزم صحة الوكالة للمجهول بالخصومة في قوله ومن قام بهذا الذكرك فهو ولى ما فيه وتوكيل المجهول لا يصح أجيب بأن الغرض من الكتابة اثبات رضا المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعى فلا يمنع المديون عن سماع خصومة الوكيل بالخصومة عند أبي حنيفة فان التوكيل بالخصومة لا يصح الا برضا الخصم عنده ودفع بانه لا يفيد على قوله لان هذا يثبت الرضا بتوكيل وكيلاً مجهولاً والرضا بتوكيل وكيلاً مجهولاً باطل فلا يفيد على قوله أيضاً وقيل بل فائدته التعرض عن قول ابن أبي ليلى فانه لا يصح التوكيل بالخصومة بل الرضا بالخصم الا اذا وجد الرضا بتوكيل وكيلاً مجهولاً فيجوز ذلك ذكر في كتب المذاهب الاربعة أن عند ابن أبي ليلى يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم مطلقاً

(فصل في القضاء بالمواريث) (واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته) فأنا

(ولومات المسلم وله امرأة نصرانية فباعت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعده موته فالقول قول الورثة أيضا ولا يحكم الحال) لان تحكيمه يؤدي الى جعل حجة للاستحقاق الذي هي محتاجة اليه وهو لا يصلح لذلك وبهذا التقدير يتم الدليل وقوله (أما الورثة فهم الدافعون) إشارة الى معنى آخر وهو ان في كل مسألة منها اجتماع نوع الاستصحاب أما في الاولى فلان نصرانية امرأة النصراني كانت ابنة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت اسلاما حادنا بالنظر الى ما كانت (٥١٧) فيعلم من الاصل فيه أن بيتي هو

من النوع الاول وبالنظر الى ما هو موجود في الحال والاصل فيه أن يكون موجودا فيما مضى هو من النوع الثاني فلو اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتا وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون دافعا فكان القول قوله وأما في الثانية فلان نصرانيتها كانت ثابتة والاسلام حادث فالتنظر الى النصرانية يقتضي بقاءها الى ما بعد الموت والنظر الى الاسلام يقتضي أن يكون ثابتا قبل موته فلو اعتبرناه لزم أن يكون الحال مثبتا وهو لا يصلح فاعتبرنا الاول ليكون دافعا والورثة هم الدافعون فيمدهم الاستدلال به وقوله (ويشهد لهم) دليل آخر وهو أن الاسلام حادث والحادث يضاف الى أقرب الاوقات فان قيل ان كان ظاهر الحدوث معتبرا في الدلالة كان ظاهر زفر في المسئلة الاولى معارضا للاستصحاب ويحتاج الى مرجح والاصل بدمه فالحجوب أنه معتبر في الدفع

ولومات المسلم وله امرأة نصرانية فباعت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعده موته فالقول قوله -م أيضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه أما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحديث أيضا قال (ومن مات وله في يدرجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه)

يكون من الماضي للحال ومن الحال الى الماضي ولكنه (اعتبره للاستحقاق) وليس حكم الاستصحاب كذلك والمراد بجران ماء الطاحونة ما اذا اختلف مالكها مع المستأجر اذا طال به مدة فقال كان الماء منقطعاً حكم جريانه في الحال فاذا كان منقطعاً في الحال فمقطع على الماضي لدفع استحقاق أجره الماضي فكذا هذا والتعبير بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر فان ما يثبت به الاستحقاق كثير اما يكون ظاهرا كخبر الواحد قد أثبت ما يوجب استحقاقا (ولومات المسلم وله امرأة نصرانية فباعت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعده موته فالقول لهم أيضا ولا يحكم الحال) هنا لان الاستصحاب للاستحقاق وهي محتاجة اليه أما الورثة فهم الدافعون (والاستصحاب يكفي لهم في ذلك وهو استصحاب ما في الماضي من كفرها الى ما بعد موته فالمسئلتان مبنيتان على أصل واحد وهو أن الاستصحاب اعتبر فيه ما للدفع للاستحقاق فان قيل اعتبار الحال في ماء الطاحونة شاهد للماضي عمل بالثبات الاستحقاق بالاستصحاب فان به يستحق مالكها أجر الماضي اذا كان جاريا واجباً أن هناك اتفاقاً على وجود سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلف في التأكيده والظاهر يصلح حجة للتأكيده وفي مسئلة الميراث نفس السبب مختلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين في الدين عند الموت واستشكل بما ذكره في الاصل اذا مات وترك ابنين فقال أحدهما مات أبي مسلما وقد كنت مسلماً حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضاً أسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على اسلامه وقال بل أسلمت بعده موته فالقول لابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكماً على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البتة أحيث بأنه انما يصار لما ذكر من الطريق اذا اختلف في تمام الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال وأما اذا اختلف في مقدار منه فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قائماً حتى ان في مسئلة الطاحونة اذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعاً شهرين وقال الآخر شهرين فالقول للمستأجر مع يمينه منقطعاً كان الماء جارياً في الحال لانهم اختلفا في جريان مقداره وهو غير ثابت للحال وفي مسئلة الابنين ومسئلة الكتاب الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لاني نفس الاسلام أنه كان أو لم يكن والثابت في الحال نفس الاسلام لا اسلام مقداره هذا هو المأخذ في المسئلة وذكر الامام الترمذ في مسئلة وهي تراء أيضاً شبهة على الاصل أعني كون الاستحقاق لا يثبت بالظاهر وهو لو ادعت المرأة أنها في المرض فصارت أفا تارث وقالت الورثة بل في الصحة فالقول قولها لانها أنكرت المانع من الارث وهو الطلاق في الصحة يعني والاصل عدم المانع (قوله) ومن مات وله في يدرجل أربعة آلاف درهم) مثلاً (وديعة فأقر المستودع أنه ابن الميت لا وارث له غيره)

لاني الثابت زفر يعتبره لاثبات وفوق ينقض بقض اجمالي وهو أن ما ذكرتم على أن الاستصحاب لا يصلح لاثبات لو كان صحيحاً بجميع مقدماته لما قضى بالاجر على المستأجر اذا كان ماء الطاحونة جارياً عند الاختلاف لانه استدلال به لاثبات الاجر والجواب انه استدلال لدفع ما يدعي المستأجر على الآخر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الاجر وأما ثبوت الاجر فانه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لا موجباً واعتبر هذا واستغن عما في النهاية من التطويل قال (ومن مات وله في يدرجل أربعة آلاف درهم وديعة الخ) رجل مات وله في يدرجل أربعة آلاف درهم وديعة فأقر المودع لرجل أنه ابن الميت لا وارث له غيره يقتضي الحاكم عليه بدفعه الى المقر

لأنه أقر أن ما في يده حق الإرث، ولكنه خلافة ومن أقر بذلك شخص عند وجب دفعه إليه كما إذا أقر أنه حق المورث وهو في مسألة بخلاف ما إذا أقر سائل أنه وكيل المودع بالشخص وأنه استأجر منه حيث لا يؤمر بالدفع لأنه أقر بقيام حق المودع لكونه عبداً فيكون إقراره على مال آخر والتأمل أن يقول كان واجب في المسئلة لا وفي أن لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار ما روي فيه من أنه لم يلزم له الحاجة إليه كثيرين (٥١٨) وغيره فإن خلافة الوارث متأخرة عن ذلك والحراب أن استحقاق الوارث قيمة، فالقرار به يثبت

وما خرجت قيام حق الميت  
في الماء زمتهم فلا يثبت  
اليقين به فإذا امتنع في  
الرد يعسقى هلكت هل  
يضمن أو لا قبل يضمن وقبل  
لا يضمن وكان ينبغي أن  
يضمن لأن المنع من وكيل  
المودع في زعمه كأنه من  
المودع وفي المنع عنه يضمن  
فكذلك من وكيله وإن سلمنا  
حمله أن يسترد حاقيل  
لا يملك ذلك لأنه يصير ساعيا  
في نقض ما تم من جهته  
بخلاف المديون إذا أقر  
بتوكيل غيره بالقبض  
حيث يؤمر بالانفع لأنه  
ليس فيه اقرار على الغير  
بل الاقرار فيه على نفسه  
لأن الدين تنقضي بامثالها  
ولو أقر المودع بعد الاقرار  
الاول لم يجل أخرباءه أيضا  
ابن الميت وأذكره الاول بأن  
قال ليس له ابن غيري قضى  
بالمهر للاول لأنه لما صح  
اقراره للاول في وقت  
لازم أحمله انقطع يده عن  
المال فالأقرار الثاني يكون  
أقرارا على الاول فلا يصح  
كذلكا لأن الاول ابنا معروفا  
ولأنه حين أقر الاول لم يكن له

لأنه أقر أن ما في يده حق الزايرت بخلافه فهار كما إذا أقر أنه حق المورث وهو في أصالة بخلاف ما إذا أقر رجل أن وكيل المردع بالتبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بإيداع البه لأنه أقر بقيام حق المردع إذ هو في قبضه فليكون أقراره على مال الغير ولا كذا في عدمه بخلاف المدون إذا أقر بتوكيل غيره بالتبض لأن المدون تقضي بامثالي فيكون أقراره على نفسه فيؤمر بالدفع اليه (فلا يقال المردع لا يخرجهما منه أيضا وقال الأول ليس له أن يغيري قضى بالمال لأول) لأنه لما صح أقراره لأول انقطع يد غيره المال فليكون هذا أقراره على الأول فلا يصح أقراره للثاني كما إذا كان الأول انما معروفا ولاه حسين أقر الأول لا مكذب له فصح وجوب أقرار الثاني له مكذب فلم يصح

فإن القاضي يقضى عليه بالدفع اليه (لأنه أقر أنما في يده حق الارتث) مثله (خلافه فهو كما إذا  
أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة بخلاف ما إذا أقر) المودع (لرجل أنه وكيل المودع بالقبض) أي  
بقبض الزديعة (أو أنه اشتراه) أي اشترى الزديعة التي في يده من المودع (حيث لا يؤمر بالدفع اليه لأنه أقر  
قيام حق المودع) وملك في الزديعة الآن (أذ هو حي فيكون أقر أرا على مال الغير ولا كذلك بعد موته)  
لرؤا ملكه فله أقره بملكه في يده من غير ثبوت ملك مالك معين فيه الحال وفي فصل الشراء وان كان  
قد أقر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ في حق غيره أعني المالك لأنه لا يملك إبطال ملكه بأقراره قصار  
كما لا أقر بأو كلة بقبض الزديعة ثم لو دفع إلى الذي اعترف به بأو كلة بقبض الزديعة عل له أن يسترد خاقل  
لأنه يصير ماعيا في نقض ما تم به وقال ظهير الدين كان والذي يتردد في جواب هذه المسئلة ولم يدفع  
الزديعة للذي أقره بأو كلة حتى هلك حتى يملك قيل يضمها لأنه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كما لو منعها من  
نفس المودع وقبل لأنه لا يجب عليه الدفع (بخلاف المدين إذا أقر لرجل أنه وكيل الدائن بقبض ماله عليه)  
فانه يؤمر بالدفع اليه لأنه غير مقر على مال غيره (إذا الدين تقضى بأمثالها) والمثل ملك المقر (فأما أقر على  
نفسه) حتى يرجع عليه الدائن إذا لم يعترف بأو كلة إذا قدم (فؤمر بالدفع ولو قال المودع لا خرفنا  
إنه أيضا وأنكر الابن الأول قضى بالمال الأول) وحده (لأنه لما صح أقراره بالأول) على ذلك  
الوجه (انقطع يده عن المال فيكون أقراره على) الغير وهو الابن (الأول فلا يصح كالأول كان الأول أصا  
معروفا ولا نه حين أقر الأول لا مكذب به فصح وحين أقر الثاني له مكذب) وهو الأول (فلا يصح) وهل  
يضمن الابن الثاني شيئا قال في غاية البيان أنه لا يغرر المودع بالابن الثاني شيئا بأقراره لأن استحقاقه  
لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لأنه لا يلزم من مجرد ثبوت البرة ثبوت الارتث فلا يكون الأقرار بالبرة  
أقرارا بالمال وفي الدرابة والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما أدى الابن الثاني الذي أقره إذا دفع  
الزديعة بغير قضاء القاضي وبه قال الشافعي في قو وأجد في قول وفي قول لا يضمن لأن أقراره الثاني صادق  
ملك الغير فلا يلزم منه شيء وقال في النهاية فإن قيل كان ينبغي أن يضمن المودع لابن الثاني الذي أقره  
أنه ابن الميت كالأول المودع بالأقرار لغير القاضي المعزول بالزديعة ثم أقر بتسليم القاضي اليه وقد ذكر في  
أدب القاضي من الكتاب أنه يضمن للقاضي قيمته قلنا هنا أيضا يضمن إذا دفع الزديعة إلى الابن الأول

أحد فصيح أقراره وحين أقبلت على كذبه الأول فلا يصح واعترض بأن تكذيب غيره ينبغي أن لا يؤثر في أقراره فيجب عليه حينئذ أن يثبت ما أدى للارول وأجابوا بالتزام ذلك إذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي أقر بتسليم الزديعة من القاضي بعدما أقر لغيره من أقره القاضي وقد تقدم في أدب القاضي وأما إذا كان المدفع بقضاء كان في الإقرار الثاني مكذبا شرعا فلا يلزمه الإقرار به

(قوله كان في الاقرار الثاني مكذبا شرعا الخ) أقول وأما في المسئلة المتقدمة فلم يكن مكذبا شرعا في قوله نعم إنما من القاضي إذا امتنع بين  
نسبها منهم وكونهم التي أقوله فإنهم

قال (واذا قسم الميراث بين الغرماء الخ) اذا حضر رجل وادعى دارا في يد آخر انها كانت لایسهمات وتركها ميراثا فاما ان يقر به ذواليد أولا فان كان الثاني واقام على ذلك بينة فهو على ثلاثة اوجه أحدها أنهم قالوا تركها ميراثا لورثته ولم يقر قوههم ولا عددهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع اليه شيء حتى يقيم بينة على عددا لورثته لأنهم لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم والقضاء بالجهول ممتذر والثاني أنهم شهدوا أنه ابنه ووارثه لا يعرف له وارثا غيره وفيه يقضى الحاکم بجميع التركة من غير تاویم وهاتان بالاتفاق والثالث أنهم اذا شهدوا أنه ابن فلان مالک هذه الدار ولم يشهدوا على عددا لورثته ولم يقولوا في (٩١) (٩٢) شهادتهم لا تعرف له وارثا غيره فان القاضي

يتلوم زمانا على قدر ما يرى وقدرا الطحاوی مددة التلوم بالحول فان حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ان كان الحاضر ممن لا يجب حرمانا كالأب والابن فان كان ممن يجب بغيره كالجد والاخ فانه لا يدفع اليه وان كان ممن يجب نقصانا كالزوج والزوجة يدفع اليه أو فر النصبين وهو النصف والربع عند محمد وجه الله وأقلهما وهو الربع والثلث عند أبي يوسف رحمه الله وقول أبي حنيفة مضطرب فاذا كان ممن لا يجب ودفع الدار اليه هل يؤخذ منه كقيل بما دفع اليه قال أبو حنيفة رحمه الله لا يؤخذ ونسب القائل به الى الظلم قيل أراد به ابن أبي ليلى وقاله ذلك وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الاقرار حجة قاصرة

قال (واذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فانه لا يؤخذ منهم كقيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لانهم له وارثا غيره

بغير قضاء القاضي نصف ما أدى الى الاول انتهى وهذا هو الصواب واختلف في الاقطة اذا أقر الملتقط بها لرجل هل يؤمر بالدفع اليه منذ كور في الاقطة وفي الجامع الصغير لو ادعى الوصاية وصدقه مودع الميت أو الغاصب منه لا يؤمر بالدفع هذا كما في الابن فلأقر المودع لرجل انه أخو الميت شقيقه وانه لا وارث له غيره وهو يدعيه أولان ادعى وصية بألف مشلانه صادق فالقاضي يتأني في ذلك لان استحقاق الاخ بشرط عدم الابن بخلاف الابن لانه وارث على كل حال غير أنه محتمل مشاركة غيره وهو موهوم والبنت كالابن وفي الوصية هوم مقرر على الغير لانه أقر انه ليس بخلف عن الميت واذا تأني أن حضر وارث آخر دفع المال اليه لانه خاف عن الميت وكان القول قوله في الوصية وان لم يحضر وارث آخر أعطى كل مدع ما أقر به لكن بكفيل ثقة وان لم يجد كفيل أعطاه المال وضمنه ان كان ثقة حتى لا يهلك أمانته وان كان غير ثقة تلوم القاضي حتى يظهر انه لا وارث للميت أو أكبر رأيه ذلك ثم يعطيه المال ويضمنه ولم يقدّر مدّة التلوم شيء بل موكول الى رأى القاضي وهذا أشبهه بأبي حنيفة وعندهما مقدر بحول هكذا حكى الخلاف في الخلاصة عن الافضية قال وعن أبي يوسف مقدر بشهر هذا اذا قال ذواليد لا وارث له غيره فان قال له وارث ولا أدري أم لا لا يدفع الى أحد منهم شيئا لاقبل التلوم ولا بعد مدته حتى يقيم المدعي بينة تقول لانعلم له وارثا غيره وكل من يرث في حال دون حال كالأخ والاب والام والبنت كالابن ولو ادعى انه أخو الغائب وانه مات وهو وارثه لا وارث له غيره أو ادعى انه ابنه أو أبوه أو مولاه أو عتقه أو كانت امرأه وادعت أنها أم الميت أو خالته أو بنت أخيه وقال لا وارث له غيري وادعى آخر انه زوج أو زوجة للميت أو ان الميت أوصى له بجميع ماله أو ثلثه وصدقهما ذواليد وقال لا أدري للميت وارثا غيره مالا ولم يكن للمدعي الوصية شيء بهذا الاقرار ويدفع القاضي الى الاب والام والاخ ومولى العتاقة أو العمة أو الخالة أو بنت الاخ اذا انفردا معند الاجتماع فالحاكم مدعي البنوة مدعي الاخوة لكن مدعي هذه الاشياء اذا راجعه مدعي الزوجية أو الوصية بالكل أو الثلث مستدلا باقرار ذي اليد مدعي الاخوة أو البنوة أولى بعدما يستدل الابن ما هذه زوجة الميت أو موصى له هذا اذا لم تكن بينة على الزوجية أو الوصية فان قام أخذ بها وهل يؤخذ منه الكفيل يتقدم ولو أقر ذواليد ان الميت أقر ان هذا ابنه أو أبوه أو مولاه أو عتقه أو أوصى له بالكل أو ثلثه أو ان هذه زوجة فالمال للابن والمولى كالمولى عاينه أقر بخلاف النكاح وولاء المولاة والوصية لان ذواليد أقرب بسبب منتهى (قوله) (واذا قسم الميراث بين الغرماء) أو بين الورثة (لا يؤخذ منهم كقيل) عند أبي حنيفة (و) قال (هذا شيء احتاط فيه بعض القضاة وهو ظلم) كأنه عني به ابن أبي ليلى فانه كان يقسه بالكوفة (وقالا لا يؤخذ الكفيل) أي لا يدفع اليهم حتى يكفوا (والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لانعلم له وارثا غيره) أما اذا ثبت بالاقرار فمؤخذ الكفيل

قال المصنف (واذا قسم الميراث) أقول فيه تمساح (قوله) ولم يقولوا في شهادتهم لا تعرف له وارثا غيره

أقول وأغرب ما غيره كما علم من الوقاية وشرحه (قوله) هل يؤخذ منه كقيل الخ) أقول وفي الدرر بالنفس (قوله) وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الاقرار حجة قاصرة) أقول قال في النهاية قال الامام الترمذي لو قال المردع لرجل هو ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتأني في ذلك زمانا على حسب ما يرى وذكر بكران كل موضع ذكر يتاوم القاضي يكون ذلك مفوضا الى القاضي وقدرا الطحاوی مددة التلوم بالحول وان لم يظهر له وارث آخر أمر بدفع المال ويأخذ كفيل لاحتمال أن يظهر وارث آخر هذا قولهما وعند أبي حنيفة لا يأخذ وقيل يأخذ عن الكفيل لأن الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينة اهـ



لهم أن القاضي ناظر للغيب والظاهر أن في التركة وارثا غائبا أو غريبا غائبا لأن الموت قد يقع بغيبه  
فيحتاج بالكفالة كما إذا دفع الابق والقطعة إلى صاحبه وأعطى امرأه الغائب النفقة من ماله ولا ي  
خيفة رجه الله أن حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهر أو فلا يؤخر لحق مؤهوم إلى زمان التكفيل كن  
أثبت الشراء من في يده وأثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه لا يكفل

بالاتفاق وإذا حال الشهود لا تعلم له وارثا غيره لا يكفل بالاتفاق ولا يتأني القاضي سواء كان ذلك الوارث  
من يجب أو لا يجب ولو قالوا لا وارث له غيره فكذلك استحسننا ثم ما ذكر من نفي الدفع إذا لم يقبل  
الشهود لا تعلم له وارثا آخر هو قيم إذا كان وارثا لا يجب بغيره وتفصيل المسئلة في أدب القاضي للصدر  
الشمس قال وإذا حضر الرجل وادعى دارا في يد رجل أنها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له وأقام  
على ذلك بيته ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم بل قالوا وتركيها لورثته لا تقبل ولا يدفع البسما  
حتى يقيم بيته على عدد الورثة ليصير نصيب هذا الواحد معلوما والقضاء بغير المعلوم متعذر وهنا ثلاثة  
فصول الأول هذا وهو ما إذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم والثاني أن يشهدوا أنه ابنه  
ووارثه لا تعلم له وارثا غيره فان القاضي يقضي بجميع التركة بلا تازم الثالث أن يشهدوا أنه ابن فلان  
ماله هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لا تعلم له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر  
ما يرى فان حضر وارث آخر قسم المال بينهم وإن لم يحضر دفع الدار إليه وبأخذ كفيلا عندهما  
ولا يأخذ عنده أي خيفة رضى الله عنه ثم اعتماد دفع إلى الوارث الذي حضر جميع المال إذا كان ممن  
لا يجب كالأب والابن فان كان يجب بغيره كالجد والابن والعلم لا يدفع إليه وإن كان ممن يجب  
بجب نقصان كالزوج والزوجة يدفع إليه أقل النصيبين عند أبي يوسف وعند محمد أوفرهما وهو النصف  
للزوج والربع للزوجة وقول أبي خيفة مضطرب هذا إذا ثبت الدين والارث بالشهادة فأما إذا  
ثبت بالأقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق ومن صورته ما إذا أقر المودع لرجل أنه ابن الميت ولم يرد عليه  
فالقاضي يتأني على حسب ما يرى ولا تقدير فيه وهو أليق بقول أبي خيفة رجه الله وهو أن ينتظر زمانا  
يغلب على ظنه أنه لو كان له ابن آخر لظهر وقدره الطحاوي بعلم فان لم يظهر وارث آخر دفع المال  
وأخذ كفيلا لاحتمال أن يظهر وارث آخر قبل هذا أقول لهما وعند أبي خيفة لا يأخذ وقيل يأخذ  
عند الكل لأن الثابت بالأقرار دون الثابت بالبينة (لهم أن القاضي ناظر للغيب) أي مأثور بالنظر  
لهم (والظاهر أن في التركة وارثا غائبا أو غريبا غائبا لأن الموت قد يقع بغيبه فيحتاج بالكفالة كما إذا  
دفع) القاضي (الابق والقطعة إلى) الذي أثبت عنده أنه (صاحبه) أخذ كفيلا للغيبي الذي ذكرنا  
وهو أن القاضي مأثور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه (و) كذا إذا (أعطى امرأه الغائب) يعني  
إذا كانت تستنفق أي تطالب (النفقة) وزوجها غائبا وله في يد رجل ودبعة وهو مقر بالزوجة  
والدبعة فالقاضي يعطيها (من ماله) وبأخذ كفيلا (ولابي خيفة رجه الله أن الحق ثابت قطعا)  
أي فيما إذا كان الوارث الآخر معدوما (أو ظاهرا) فيما إذا كان موجودا والقاضي لم يكلف بالظهور  
على وجهه بوجب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده (فلا يؤخر) إلى زمان التكفيل  
(لحق مؤهوم) أرايت لو لم يجد كفيلا كان منع حقه هذا الظلم وصار (كن أثبت الشراء من في يده)  
لا يؤخذ كفيل من المشتري بعدما أثبت شراؤه بالحنة (و) لا يؤخذ الكفيل من رب الدين (الذي أثبت  
دينه على العبد) بالبينة (حتى يبيع) العبد (لأجل دينه) وإن كان يتوهم حضور مشترا آخر

لهم أن القاضي ناظر للغيب  
ولا نظر بترك الاحتياط  
في أخذ الكفيل فيحتاج  
القاضي بأخذه كما إذا دفع  
القاضي العبد الابق  
والقطعة الميرجل أثبت  
عنده أنه صاحبه فانه يأخذ  
منه كفيلا وكذا أعطى نفقة  
امرأه الغائب إذا استنفقت  
في غيبته وله عند انسان  
ودبعة يقصر بها المودع  
وبقيام النكاح فانه يفرض  
لها النفقة وبأخذتها كفيلا  
ولابي خيفة أن حق الحاضر  
ثابت قطعا أن لم يكن له وارث  
آخر يبين أو ظاهرا أن  
كان له وارث آخر في الواقع  
لم يظهر عند الحاكم فانه  
ليس بمكلف بالظهور  
بل بما ظهر عنده من  
الحنة فكان العمل بالظاهر  
واجبا عليه والثابت قطعا  
أو ظاهرا لا يؤخر لمؤهوم  
كن أثبت الشراء من ذي  
الميد أو أثبت الدين على  
العبد حتى يبيع فيه فانه  
يدفع المبيع إلى المشتري  
والدين إلى المدعي من غير  
كفيل وإن كان حضور  
مشترا آخر قبله وغير  
آخر في حق العبد متوهما  
فلا يؤخر حق الحاضر  
لحق مؤهوم إلى زمان  
التكفيل

(قوله ولان المكفول له) دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل وذلك لما تقدم أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وهذا المكفول له مجهول فلا يصح كفالته لاحد الغرماء فان قيل اذا أقربه ذواليد يؤخذ منه كفيل بالاتفاق فكيف قدم وذلك كفالته لمجهول أحجب بأنه اذا أقربه لم يبق له فيه ملك ولم يثبت للقر له بحجة كاملة فكان منظمة ان ثمة مال كالأحالة وأقل ذلك يثبت المال وهو معلوم فكان التكفيل له ونقل الترتبات في حقه خلافاً فان ثبت فلا إشكال لا يقال الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لأنه ليس بمخصص ولا لليت لان الكفالة لتوثيق المطالبة كما هو هي من الميت غير متصورة وعورض بأن القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع على ما رآه في ذلك تأخير الحق ثابت قطعاً وظاهراً كذا كرتم حتى وهو مبدل على أن التأخير جائز وأجيب بأن التلوم ليس للحق الموهوم بل انما هو أمر يفعله القاضي لنفسه احتياطاً في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للحاضر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود ولا وارث له غيره في الدلالة على ذلك فان هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة لان الشهادة (٥٣١) على النفي باطله بل خبر يستأنس به على

نفي الشريك والتلوم من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك في حقه وليس غنة طلب شيء زائد من المستحق بخلاف طلب الكفالة وقوله (بخلاف النفقة) جواب عما استشهد به من المسائل امام مسألة النفقة فدان التكفيل فيها الحق ثابت وهو ما يأخذه الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معاً لوم أيضاً فصحت الكفالة (وأما الأبق واللقطة ففي كل واحد منهما رواية (قوله في رواية لا أحب أن يأخذ منه كفيل) وقال في رواية أحب أن يأخذ منه كفيل قالوا في شروح الجامع الصغير والصحيح أن الرواية الاولى قول أبي حنيفة فلا يصح القياس حينئذ وقال

ولان المكفول له مجهول فصار كذا كفال لا احد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وأما الأبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع العلامة اللقطة أو اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع وقوله ظلم أي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبهم رجه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض

قبله وغيره آخر للعبد (ولان المكفول له مجهول فهو كفال لا احد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت والزوج معلوم فأما الأبق واللقطة ففي) أخذ (الكفيل روايتان عنه والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع اللقطة بعلامة أو اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع) مع العلامة وقرار العبد بالابق لا يقال بأخذ الكفيل لنفسه صيانة لقضائه عن النقص لأنه ليس بمخصص ولا يقال بأخذ لليت لان حقه في تسليم ماله الى وارثه وقد أثبت وراثته فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل فان قيل القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع ذكره في الاسرار وكذا ذكر الصدر الشهيد والتلوم انما هو لتوهم وارث أو غيرهم آخر وبعد التلوم ما انقطعت الشبهة فينبغي أن يأخذ الكفيل لبقاء الشبهة ويدفع الى الحاضر لقيام الحجة لان الحجة راجعة على الشبهة فأظهرنا رجحانها في الدفع اليه فيجب أن يظهر قيام الشبهة في حق الكفيل عللاً بالجهتين أجيب بأن العمل يجب بالحجة بعد قيامها بالاشبهة وليس التكفيل كالتلوم لان التلوم طلب علم زائد ليمتعه بالقدرة الممكن فان التلوم يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره فان هذا ليس بشهادة لانها على النفي بل هو خبر يؤكد ظن انتفاء غيره أما الكفالة فطلب أمر زائد من المستحق فلا يجوز الا بتوجيه حق عليه ولا بتوجيه بالموهوم قال المصنف (وقوله ظلم) أي قول أبي حنيفة (يكشف عن مذهبهم أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض) انه فائل بأن كل مجتهد مصيب كقول المعتزلة جرحهم الى هذا القول بوجوب الاصل فكان صيانة المجتهد من الخطأ ونقر برههم على الصواب واجبا وسبب نسبة هذا القول الى أبي حنيفة ما روى عنه انه قال ليوسف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد ولو جعل على ظاهره لكان متناقضاً لقوله والحق عند الله واحد فيمد أنه ليس كل مجتهد أصاب الحق والالكان الحق متعدداً فلزم ان معنى قوله كل مجتهد مصيب أي يصيب حكم الله تعالى بالاجتهاد فإنه تعالى أوجب الاجتهاد على

(٦٦ - فتح القدير خامس) العتاني (ان دفع العبد باقراره الى المدعي واللقطة باخبار المدعي عن علامة فيه يكفل بالاجماع) قال المصنف (لان الحق غير ثابت) ولهذا كان له أن يمنع (قوله وقوله) أي قول أبي حنيفة (ظلم أي ميل عن سواء السبيل) انما ذكره تعميده الماذكره بقوله (وهذا) أي اطلاق الظلم على المجتهد فيه (يكشف عن مذهب أبي حنيفة رجه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب) ويقرر أن مذهب أصحابنا المتقدمين براء عن مذهب أهل الاعتزال في أن كل مجتهد مصيب وادعائهم ان ذلك مذهب أبي حنيفة وأصحابه رجههم الله وقد قررنا ذلك في التقرير بعون الله تعالى مستوفى

(قوله أحب بأنه اذا أقرب به الخ) أقول في الجواب في مسألة الأبق واللقطة ثم الكفالة تكون بالدين الصحيح (قوله وعورض بأن القاضي الخ) أقول ويمكن توجيهه نقضاً كما لا يخفى (قوله وأجيب بأن التلوم ليس للحق الموهوم) أقول ألا ترى أن الوهم موجود وان قال الشهود لا نعلم له وارثاً آخر

قال (واذا كانت الدار في يد رجل الخ) دار في يد رجل أقام آخر البينة أن أباه مات وتركهما ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد ذي اليد ولا يؤخذ من ذي اليد كفيلا وهذا أي ترك النصف الآخر في يد من في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وأما عدم الاستيناف بالكفيل فهنا فبالإجماع وقال من في يده الدار أن يصح أن يأخذ منه النصف الآخر ويجعل في يده أمين والترك في يده لأن الجاحد حائن والخائن لا يترك مال الغير في يده والمقر أمين فيجوز أن يترك المال بيده ولا يحنف أن القضاء وقع لليت مقصودا تقتضي منه دونه وتنفيذ وصاياه ومن وقع له القضاء يعتبر فيمن المقضى بيده كونه مختارا له وهو ثابت فيما نحن فيه فلا تنتقض بيده بيد من هو غير مختار له وانما قال واحتمال كونه لان كون المال بيد من هو بيده باختيار الملت ليس يقطعي واحتمال ذلك بقيد المطلوب فاكتمى (٥٢٣) به كما إذا كان من بيده مقرافاته انما يترك الباقي بيده كذلك (قوله وجوده)

قال (واذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركهما ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند أبي حنيفة وقالان كان الذي هي في يده جاحدا أخذ منه وجعل في يده أمين وان لم يجد ترك في يده) لهما ان الجاحد حائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه أمين وله أن القضاء وقع لليت مقصودا واحتمال كونه مختارا الملت ثابت فلا تنتقض بيده كما إذا كان مقرا وجوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له والقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه إلى الحفظ والنزع أبلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها وله هذا على الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الام والآخر

جواب عما ذكره وجهه أن الخيانة بالجحود اما أن تكون باعتبار ما مضى أو ما سيأتي والاول قد ارتفع بقضاء القاضي فكذلك لازمه والثاني ظاهر لعدم لان الحادثة لما صدرت معلومة للقاضي ولم يبدده ذلك وكتبت في الخريطة الظاهر أن لا يحدد في المستقبل لعلمه بعدم الفائدة لا يقال مرت القضاء والشهود ونسب ما من الحادثة واحترق الخريطة أمور محتملة فكان الجحود محتملا لأن ذلك نادر والنادر لا حكم له ولو كانت الدعوى في منقول والمثلة بحالها (فقد قيل بنزع من يده) النصف الآخر (بالاتفاق) والفرق بينه وبين العقار أن المنقول يحتاج فيه إلى الحفظ وما يحتاج فيه إلى الحفظ فالنزع أبلغ فيه أما أنه يحتاج فيه إلى الحفظ

المتأهل له فاذا اجتمع فقد أصاب بسبب قيامه بالواجب وقال محمد ولو تلاعنا فلا تفرق القاضي بينهما نفذ وقد أخطأ السنة (قوله) وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركهما ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده) إلى أن يحضر الغائب (ولا يستوثق منه بكفيل وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالان كان الذي هي في يده) قد (جد) فأقيمت عليه البينة (أخذ منه) النصف (فوضع على يده أمين وان لم يكن يجد ترك في يده لهما ان الجاحد حائن) ظهرت خيانتها بالجد (فلا يترك في يده) لقرب أن يتصرف فيه اما لا اعتقاد أنه ملكه وان البينة كذبة أو الخيانة (بخلاف ما لو أقر) أنها مال الملت مودع عنده فانه لم تظهر منه خيانة وقد رخصه الملت فكان أولى بحفظها (ولا يحنف أن القضاء) انما (يقع) أولا (لليت مقصودا) لانه بعد ثبوت انه ماله حينئذ تنقض ديونه ويقسم المال (وكونه مختارا الملت ثابت) مع جحده (فلا تنتقض بيده كالمقر وجوده قد ارتفع بقضاء القاضي) بها الملت (والظاهر عدم جحوده بعد ذلك) لصيرورة الحادثة معلومة له والقاضي وموت القاضي وعزله قبل أن يصل الغائب وكذا احتراق المحضر والتلف نادرا لا يوجب اختلاف الحكم لندرته (فلو كانت الدعوى في منقول) وأنكر والباقي بحاله (فقد قيل يؤخذ منه) النصف (بالاتفاق لانه يحتاج إلى الحفظ والنزع أبلغ في الحفظ) من تركه في يده اذ ربما تصرف فيه معا ولا كما ذكرنا وخيانة (بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها وله هذا) أي ولا جعل أن المنقول يحتاج إلى الحفظ دون العقار والنزع أبلغ في حقه من تركه (على الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الام والآخر

فلا يحنف (والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له الخ) أقول قال في الكافي أي لذى اليد وجوده باعتبار اشتباه الآخر عليه وقد زال اه يعنى ان الظاهر ذلك وأنت خير بأنه يفهم من ذلك إمكان منع قولهما ان الجاحد حائن (قال المصنف والنزع أبلغ فيه) أقول أي في المنقول كذا في معراج الدراية والنهاية الظاهر أن يقال أي في الحفظ كما يدل عليه تقرير الكافي (قوله) أولزعه أنه ملكه) أقول أي ان كان عدلا

قال المصنف (والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له الخ) أقول قال في الكافي أي لذى اليد وجوده باعتبار اشتباه الآخر عليه وقد زال اه يعنى ان الظاهر ذلك وأنت خير بأنه يفهم من ذلك إمكان منع قولهما ان الجاحد حائن (قال المصنف والنزع أبلغ فيه) أقول أي في المنقول كذا في معراج الدراية والنهاية الظاهر أن يقال أي في الحفظ كما يدل عليه تقرير الكافي (قوله) أولزعه أنه ملكه) أقول أي ان كان عدلا

والعلم على الصغير) وانما خدعهم بالله كرا لانه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من باب (ومن المشايخ من قال المنقول ايضا على الخلاف وقول أبي حنيفة فيه أظهر) بناء على ما ذكرنا من حاجته الى الحفظ فاذا ترك في يده كان مضمونا عليه ولو أخذ منه لم يكن مضمونا على الذي يضعه القاضي في يده فكان الترك أبلغ في الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لان ما قيل أنه لما جحد من يده ربما تصرف لغيره لانه أوزعه أنه ملكه ساقط الغيرة نظر الى ما تقدم من علم القاضي وطائفة من الناس وكتابته في الغر بطة وذلك ثابت مقتضى ثبوت الخلاف في العقار فسطا الفرق (قوله وانما لم يؤخذ الكفيل) راجع الى قوله ولا يستوثق منه بكفيل ومعناه أخذ الكفيل انشاء خصومة لا من يده الباقي قد لا تسمح نفسه باعطائه والقاضي يطالبه به فينشئ الخصومة والقاضي لم ينصب لانشاء ما بل لقطعها فان قيل هب أن القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي يقطعها بحكمه باعطائه قلت يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل ههنا انشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها بخلاف رضاه واقفال الشئ كان منشأه هذا خلف (قوله واذا حضر الغائب) اختلف المشايخ في وجوب إعادة البيعة اذا حضر فنه من قال بذلك على قياس قول أبي حنيفة في القصاص اذا أقام الحاضر البيعة على أنه قتل أباه عمدا ثم حضر الغائب فإنه يحتاج الى أعادتها ومنهم من نفاه وهو اختيار المصنف فقال الامام فخر الاسلام وهو الاصح (لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقي فيما يباحق للبت مطلقا وعليه) ان كان الكل بيده كما سيجي (٥٣٣) دينا كان أو عينا لأن المقتضى له وعليه في

الحقيقة انما هو الميت (لماذا كرنا (وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك) كالأولين بالخصومة اذا غاب أحدهما كان للآخر أن يخاصم ولهذا قلنا اذا ادعى رجل على أحدهم دينا على الميت وأقام عليه البيعة ثبت في حق الكل وكذا اذا ادعى أحدهم دينا للميت على رجل وأقام عليه البيعة ثبت في حق الكل فان قيل لو صلح أحدتهم للخلافة لكان كالميت وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع أجاب بقوله (بخلاف

والعلم على الصغير) وقيل المنقول على الخلاف أيضا وقول أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر لما سألته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي انما ينصب لقطعها لا لانشاء ما واذا حضر الغائب لا يحتاج الى إعادة البيعة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقي فيما يباحق له وعليه دينا كان أو عينا لان المقتضى له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائب عن غيره ولهذا لا يستوفى الا نصيبه وصار كما اذا قامت البيعة بين الميت

والعلم على الصغير) يملك بيع المنقول مع أن هؤلاء ليس لهم ولاية في المال (وقيل المنقول على الخلاف أيضا) عنده يترك في يد الذي جحد وعندهما يؤخذ منه (وانما لا يؤخذ الكفيل) على قول أبي حنيفة من الذي في يده (لانه انشاء خصومة والقاضي انما ينصب لقطعها) وهذا لا يبرح لا يجحد كفيلا ولا يسمح باعطائه والاخ الحاضر يطالبه به فتشور الخصومة (ثم اذا حضر الغائب لا يحتاج الى إعادة البيعة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء) الكاش في غيبته (لان أحد الورثة ينتصب خصما عن بقية الورثة فيما لهم وعليهم دينا كان أو عينا) فقد قامت على خصم حاضر بالنسبة الى كل الورثة وهما منهم وقوله (لان المقتضى له وعليه انما هو الميت في الحقيقة) على ما ذكرنا من قريب (وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء) أي استيفاء نصيبه (لانه عامل فيه لنفسه) لا للميت (فلا يصلح نائب عن غيره فلهذا لا يستوفى الا نصيب نفسه وصار كما اذا قامت البيعة بين الميت)

الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح أن يكون نائب عن غيره) ولقائل أن يقول فليكن عاملا لنفسه في نصيبه ونائباً عن غيره فمما زاد ولا محظورية وجوابه أن السائل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل التشكيك وقوله (وصار كما اذا قامت البيعة بين الميت) أي بين الميت أو عليه كما ذكرناه بيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه وتقريره ما مضى

(قوله فاذا ترك في يده كان مضمونا عليه) أقول يعني بخوده السابق وفيه بحث فانه قد ارتفع مع لازمه الذي هو انما يbane بقضاء القاضي كما سرح به آنفا فينبغي أن لا يضمن (قوله ومعناه أخذ الكفيل) أقول الأولى طلب الكفيل (قوله والقاضي يطالبه به) أقول فيه إشارة الى أن ما في النهاية من قوله والاخ الحاضر يطالبه بالكفيل ليس على ما ينبغي لعدم مطابقته المشروح (قوله فان قيل هب الخ) أقول ويمكن أن يجاب بأن الحاضر ليس بخصم عن الغائب في استيفاء ملكه فليس له المطالبة بالكفيل (قوله وهو مشروع لقطع الخ) أقول لقطع الخصومة المتقدمة ثم أقول فيه بحث لانه ان أراد كفايا فمضوع الا يرى الى ضمان الدرك وان أراد جزئيا فمضوع ولا يفيد الا أنهم الا أن يخص بحيث يشمل محل النزاع ثم لا نسلم انه ليس ههنا خصومة متقدمة الا أن يقال ارتفع ذلك بقضاء القاضي فليستأمل (قوله اذا أقام الحاضر البيعة الخ) أقول التفصيل في باب الشهادة في القتل (قوله وجوابه أن السائل الخ) أقول اعتراف بوزود السؤال على كلام المصنف والتجاء الى جواب آخر وأنت تعلم ان كونه نائباً عن غيره فرع التوكيل من الغير ولم يوجد فليستأمل ولا مجال لقيامه بمقام الميت لأن الاستيفاء ليس له بخلاف الإثبات فليستأمل

وقوله (الا انه) اذ لم يلقه قوله لان أحد الورثة ينته بخصمه الى قوله وعليه يعني انه لو ادعى أحد على أحد الورثة ديناً على الميت يكون خصمه من جميع الدين ان كان جميع التركة بيد كره في الجامع والا كان خصمه اعم في يده لانه لا يكون خصماً بدون اليقين فيفسر القضاء على ما في يده قال (ومن قال مالي (٥٣٤) في المساكين صدقة الخ) رجل قال مالي في المساكين صدقة وجب عليه ان يتصدق بجميع ما يملكه من اجناس الاموال التي يجب فتح التركة كالتندين والسواهم والحوال التجارية يطلع النصاب اولاً لان المعتبر هو جنس مال التركة والتقليل منه ولهذا قالوا اذا نذر ان يتصدق بماله وعليه دين يتصدق بماله لزمه التصديق به فان قضى به دينه لزمه التصديق بقدره عند ملكه لان المعتبر بجنس ما يجب فيه الزكاة لم يجب الزكاة ولا يجب التصديق بالاموال التي لا يجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك (وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس في الأول ايضاً) ان يقع على كل شيء كما قال به زفر (لان اسم الماروا عام يقتضون الجميع) وجبه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله اذ ليس للعبد ولاية الايجاب مستتداه لثبوتها ينزع الى الشركة

الا ان اعمائنا ثبتت استحقاق الكل على أحد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجاهل مع لانه لا يكون خصماً بدون اليقين فيقتصر القضاء على ما في يده قال (ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء) والقياس ان يلزمه التصديق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كفي الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال فانه يقتضي بالكل ولا يأخذ الا نصيب نفسه وقوله (الا انه) ثبت استحقاق الكل على أحد الورثة استحضاراً من قوله لان أحد الورثة ينته بخصمه الى قوله وعليه ويكون قضاء على جميع الورثة (اذا كانت) التركة كلها (في يده) أي في يد الحاضر حتى لو كان البعض في يده يتصدق بقدره لانه لا خصومة بدون اليد ذكره في الجامع الكبير قال في شهادات المواريث ولو مات وترك داراً وثلاثة بنين وابناً غائباً والدار في يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقص عليه القصص وقال مات والدنا وأخوأي فلان وفلان وفلان قبضنا نصيب ما وادعانا عندك وأنا اقيم البيعة انهم ادعى تقبل وذو اليد خصم لان أحد الورثة ينته بخصمه من الميت فمادعى عليه فان حضر الغائبان وصدق في الارث وجد ادعى المدعي فلقضاء ماض وان كذبا وقال لم ترتهما من أين نابل ثلثاها لانا بالارث يقال للمدعي أعديتلك عليه ما في ثلثي الدار لان ذلك على غير خصم لان اقرار الحاضر يعمل في حقه لا في حق الغائبين قال العتاني قال مشايخنا اذا لم تكن الدار مقسومة أما اذا اقتسموها وأدع اثنتان نصيبهما الحاضر وغابا لا تقبل بيعة المدعي في نصيبهما على الحاضر والتحقيق هذا باسائر أموالهم فلا يكون الحاضر خصماً فيم اخلاف ما قبل القسمة لانه ميق على حكم ملك الميت على ما عرف ولو كان ثلثا الدار في يد رجل مقسوم أو غير مقسوم أو دعه عنده الغائبان وهو مقرر بانه ودعيه له ما ميراث من أيهما لم يكن خصماً للمدعي وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصماً في ذلك لان الوارث اعم لا يكون خصماً للمدعي على الميت فيما في يده لا فيما في يد غيره قال الاستروشنى فالخاصل ان أحد الورثة ينته بخصمه من الميت في عينه في يده لا في عينه ليس في يده حتى ان من ادعى عينا من التركة وأحضر وارثا ليس في يده ذلك العين لا تسمع دعواه وفي دعوى الدين ينته بخصمه من الميت وان لم يكن في يده شيء (قوله ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة) فيلزمه التصديق بجميع ما يملكه من النقدين والسواهم والاموال التجارية ومساكنه قوته فاذا أصاب شيئاً تصديق بقدر ما أمسك واذا وجب التصديق بأكمله فلا فرق بين ان يبلغ ما عنده نصيباً أولاً لان المعتبر بجنس ما فيه الزكاة وقدره ولذا قالوا نذر ان يتصدق بماله وعليه دين محبط بكل ماله لزمه ان يتصدق به فان قضى به دينه لزمه ان يتصدق بما يكتسبه به بعد الى أن يوفي (ولو اوصى بثلث ماله فهو على كل مال والقياس ان يلزمه التصديق بالكل) فيهما (وبه قال زفر) والبنو والنحوي والشافعي وقال مالك وأحمد يتصدق بثلث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لا يلبس ابنة حين قال ان من توبني أن أنخلع من مالي صدقة يجزئك الثلث (لعموم اسم المال كالوصية) وقال عليه الصلاة والسلام من نذر ان يطيع الله فليطعه (وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف الى ما اوجب الشرع فيه الصدقة)

بما يملكه من اجناس الاموال التي يجب فتح التركة كالتندين والسواهم والحوال التجارية يطلع النصاب اولاً لان المعتبر هو جنس مال التركة والتقليل منه ولهذا قالوا اذا نذر ان يتصدق بماله وعليه دين يتصدق بماله لزمه التصديق به فان قضى به دينه لزمه التصديق بقدره عند ملكه لان المعتبر بجنس ما يجب فيه الزكاة لم يجب الزكاة ولا يجب التصديق بالاموال التي لا يجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك (وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس في الأول ايضاً) ان يقع على كل شيء كما قال به زفر (لان اسم الماروا عام يقتضون الجميع) وجبه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله اذ ليس للعبد ولاية الايجاب مستتداه لثبوتها ينزع الى الشركة

(قوله يعني انه لو ادعى أحد على أحد الورثة ديناً الخ) أقول فيه انه يجب ان يكون المراد دعوى العين فان الدين يثبت على الوارث الحاضر وغيره وان لم يكن في يد

الحاضر شيء على ما صرحوا ويمكن ان يجاب بان المراد يكون خصمه في جميع الدين في حق الاستحقاق عليه ويقتصر القضاء بالاستحقاق عليه على ما في يده فليتامل قال المصنف (ومن قال مالي في المساكين الخ) أقول وفي اراد مسئلة النذر في فصل القضاء بالمواريث فنظر ولعل ذلك كرها باعتبار الفرق بينهما وبين الوصية التي هي أخت الميراث (قوله وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر الخ) أقول ليس معناه ان ايجاب العبد معتبر من كل الوجوه بايجاب الله تعالى ولا يجب له التصديق بكل ماله وهو ظاهر وما



سبب الصدقة اذ جهة  
الصدقة عنده راجحة) في  
العشر فصارت الارض  
العشرية كاموال التجارة  
لانهم من جنس الاموال التي  
يجب فيها الصدقة (ولا تدخل

عبد محمد) وقد لير الامام  
التمر تاشي قول أبي حنيفة  
مع محمد رجهما الله (لانه) أى  
الارض العشرية والتذكير  
لتذ كير الخبز (سبب المؤنة  
اذ جهة المؤنة راجحة عنده)  
فصارت مثل عبد الخدمة  
(وأما الارض الخراجية فلا  
تدخل بالاجاع لانه يتمحض  
مؤنة) لان مصرفه الفقالة  
وفيه م الأغنياء (ولو قال  
ما أملك صدقة في المساكين  
فقد قيل يتناول كل مال)  
زكويًا أو غيره وهو رواية  
أبي يوسف عن أبي حنيفة  
ذكرها في الامالى لان ما أملك  
أعم من مالى لأن المالك  
يطلق على المال وغيره يقال  
ملك النكاح وملك القصاص  
وملك النفقة والمال لا يطلق

على ما ليس بحال وإذا كان أهم ينصرف إلى غير أموال الزكاة أيضا الظاهر الزيادة عمومها فلن قيل الصدقة بالأموال مقيدة في الشرع بأموال الزكاة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية أجب (بأن المقيد بإيجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال ولا شخص في لفظه الملك شقيق على العموم) وفيه نظر لأنه حينئذ لا يكون إيجاب العبد معتبرا بإيجاب الشرع

(قوله وإيجاب الشرع في المال الخ) أقول إذا عبر عنه بلفظ المال كقوله تعالى خذ من أموالهم صدقة (قوله فكذا إيجاب العبد) أقول إذا أضاف الإيجاب إلى لفظ المال (قوله وفيه نظر) لأنه حينئذ لا يكون إيجاب العبد معتبراً بإيجاب الشرع) أقول ممنوع فإن إيجاب الله تعالى الصدقة في جنس الاملاك يكفي لا اعتبار بإيجاب العبد به كافي إيجاب الاعتكاف على ماصر آتفاً لا يرى أنه لو قال كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة ينصرف إلى مال الزكاة والبلذلة والمهمة كما صرح به في النهاية مع أنه ليس من الله تعالى إيجاب على هذا الوجه فليتأمل

(والصحيح أنهم لما) أي لفظ مالي وما أملاك (سواء) فيما نحن فيه فيضنه ان بالاموال الزكوية وهو اختيار الامام شمس الاعنة السمرقاني  
 (لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة) قال في النهاية ان قوله (على ماهر) اشارة الى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله ان ايجاب  
 العبد محتمل بايجاب الله تعالى وليس بواضح لانه ابطال ذلك الوجه بقوله والمقيد ايجاب الشرع وهو لفظ المال ولعله اشارة الى قوة  
 ولاد الظاهر التزام الصدقة من (٥٣٦) فاضل ماله وقد قررنا من قبل فارجع اليه (ثم اذالم يكن له مال سوى ما دخل

والصحيح أنهم سواه لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذالم يكن له مال سوى ما دخل  
 تحت ايجاب عيسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق على ما أمسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر  
 محمد بشي لاختلاف احوال الناس فيه وقيل المحترف عيسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب  
 الصياغ لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة عيسك بقدر ما يرجع  
 اليه ماله قال (ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز  
 بيع الوكيل حتى يعلم) وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة بعد  
 الموت فتعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان  
 بطلان الانابة

لان المقيد في الشرع المذكور بلفظ المال قال المصنف (والصحيح أنهم سواه لان الملتزم باللفظين  
 الفاضل عن الحاجة) وهذا يؤيد ذلك بقصد عدم التخصيص بذلك المعنى بقليل تأمل وكان  
 مقتضى ما ذكر في اللفظين ان ثبت منسلة في قوله الله على ان أهدي جميع مالي أو جميع ملكي الا ان  
 الطحاوي ذكر انه يجب الكل بخلاف ما ألحاف به فقال ان فعلت كذا فله على ان أهدي جميع مالي حيث  
 يجب الكل بلا اشكال لان عقد اليمين يمنع النفس عن المذكور بالتزام ما يكرهه على تقديره فانفتح باب  
 ارادة العموم الا ان هذا على جعل التخصيص المعنى الذي عنه المصنف وأما على جعله لزوم المعصية فغير  
 ان يخص أيضا فكان تعويلهم ليس عليه وقوله (على ماهر) يريد وجه الاستحسان هذا (ثم اذالم يكن  
 له مال الا ما دخل تحت ايجاب) يعني مال الزكاة على بعد ذلك (عيسك منه قوته) ويتصدق بما  
 سواه (واذا استفاد شيئا تصدق بقدر ما أمسك ولم يقدر محمد) مقدار في أصل الميسوط (لاختلاف  
 احوال الناس) من قلة العيال وكثرتهم والرخاوة والغلاء فيختلف الاعتبار (وقيل المحترف عيسك ليوم)  
 لانه يكتسب يوما فيوما (وصاحب الغلة) وهو من له حوائث أو دور يجنيها عيسك (شهر) لان يده  
 تصل الى نفقته بعد شهر (وصاحب الصياغ لسنة) لان غلتها كذلك وأما في عرف ديارنا فبعضهم  
 كذلك وبعضهم يؤجرها بدارهم على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فينتهي أن عيسك الى عام  
 أربعة أشهر (وعلى هذا فصاحب التجارة عيسك بقدر ما يرجع اليه ماله) (قوله ومن أوصى اليه ولم يعلم  
 بالوصية حتى باع شيئا من التركة فالبيع جائز وهو وصي) بخلاف الوكيل اذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ  
 لانه لا يصير وكيل حتى يعلم (وعن أبي يوسف لا يجوز في الوصية أيضا لان الوصاية انابة) أي استنبابة  
 والمعروف من اللغة في الانابة انما هو معنى الرجوع والافلاع من أناب الى الله واستندل في النهاية أنهم اجمعوا  
 الاستنبابة باستعمال الرخصى لها كذلك في تفسير سورة الروم والرخسرى نفسه يفعل كذلك فيقول  
 علم المتكلم بمنزلة روايته فربما يستشهد ببيت لابي عام وأبي الطيب (ووجه الفرق على ظاهر الرواية)  
 بين الوصاية والتوكيل (أن الوصاية خلافة) في التصرف عن الميت كالو رتبة فلا تتوقف على العلم  
 كالوكالة (لاضافتها) الى ما بعد الموت فيتصرف كصرف الوارث ولذا لو باع شيئا ثم ظهر موت المورث  
 ظهر نفاده حين صدر والوصاية استخلاف مضاف (الى) ما بعد الموت أيضا وهو (زمان بطلان الانابة

تحت ايجاب عيسك من ذلك قوته لان حاجته  
 هذه مقدمة) اذ لم عيسك  
 لاحتياج أن يسأل الناس  
 من يومه وقبح أن  
 يتصدق بعلمه ويسأل  
 الناس من يومه (ثم اذا  
 اصاب شيئا تصدق بما أمسك  
 ولم يسأل محمد) في الميسوط  
 (مقدار ما عيسك لاختلاف  
 احوال الناس فيه) بكثرة  
 العيال وقلتها (وقيل المحترف  
 عيسك قوت يومه) لان يده  
 تصل الى ما ينفق يوما فيوما  
 (وصاحب الغلة) وهو صاحب  
 الدور والحوائث والبيوت  
 التي يؤجرها الانسان (لشهر)  
 لان يده تصل الى ما ينفق  
 شهر افشهر (وصاحب  
 الصياغ لسنة) لان يداد الحقان  
 تصل الى ما ينفق سنة  
 فسنة (وصاحب التجارة  
 عيسك بقدر ما يرجع اليه  
 ماله كمن يجر ايراد مسئلة الذر  
 فيما نحن فيه من فصل  
 القضاء في الموارث نظير  
 ولابد كرها باعتبار الفرق  
 بينها وبين الوصية التي هي  
 أخذ الميراث قال (ومن  
 أوصى اليه ولم يعلم الخ) وجه  
 ايراد مسئلة الوكالة في فصل

القضاء في الموارث ما ذكرنا أنفا ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو  
 وصي ويبيعه جائز واذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه وعن أبي يوسف أنه اعتبر الاول والثاني لان وصف الانابة أي النيابة  
 جامع فان الوصاية انابة بعد الموت والوكالة انابة قبله وكالم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق بينهما على  
 ظاهر الرواية أن الوصاية خلافة لا نيابة لانها مضافة الى زمان بطلان النيابة

والخلافة لا تتوقف على العلم في التصرف كما اذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم عت المورث فله صحته بخلاف الوكالة فانها لا تتوقف على العلم بالنية المتنب ولا الانية فتوقف على العلم لانها لو توقفت عليه لم يثبت النظر لقدرة الموكل وفي الاول لو توقفت على علمه مات ليجز الموصى فان قيل اذا قال رجل اشترع عبدي من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده من غيره وقف على علمه اوجب بانه على الروايتين وجهه الفرق على رواية الجواز انه ثبت ضمننا والكلام في الوكالة يثبت قصدا وهذا كما اذا قال بايعوا عبدي ولم يعلم به العبد فان صحه روايتين في احدهما صح تصرفه وان لم يعلم بالاذن لثبوته ضمننا فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من اعلامه فمن اعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغام مسلما عدلا وعلى اضداد ذلك بعدما كان (٥٢٧) بميزاجاز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام

أمر أي اطلاق شخص لا يستعمل على شيء من الأزام وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف وأما النهي عن الوكالة فلا بد حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل عند أي حنيفة رحمه الله وقال هو والاول سواء لانه من جنس المعاملات وجنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالأول واذن العبد في التجارة ولا ي حنيفة أنه خبر ملزم أما أنه خبر فلا نه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام وأما أنه ملزم فلا نه يتي جواز التصرف بعهده وما كان كذلك فهو معنى الشهادة من وجهه لانه بالنظر الى كونه خبرا كالخبر بالتوكيل والاذن وغيرهما ليس في معناها بالنظر الى مافيه من نوع الزام كان في معناها فيشترط أحد شرطى الشهادة وهو العدد أو العدالة عملا بالوجهين بخلاف الاول فانه الم يمكن فيه الزام أصلا لم يكن في معناها أصلا فلم يشترط فيه شيء من ذلك وبخلاف رسول الموكل فانه لا يشترط فيه أيضا شيء من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الإرسال اذ ربما لا يتفق لكل أحد في كل وقت بالغ عدل يرسله الى وكيله

فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث أما الوكالة فانها لا تتوقف على العلم (وهذا لانه لو توقفت لا يقوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يقوت ليجز الموصى (ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه) لانه اثبات حق لا الزام أمر قال (ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال هو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجهه فيشترط أحد شرطى هو وهو العدد أو العدلة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الإرسال

فلا يتوقف على العلم (كأورائه (قيام ولاية المنوب عنه) ولهذا يعزل الوكيل بالموت بخلاف الميت فيتوقف على العلم (وهذا لانه اذا وقفناه على العلم (لا يقوت النظر) لقيام ولاية الموكل وقدرته (وفي الاول يقوت ليجز الموصى) بالموت وهذا اذا ثبتت الوكالة قصدا أما اذا ثبتت في ضمن الامر بالفعل ففيه روايتان وذلك مثل أن يقول لعبد اذهب الى فلان ببيعك أو لأمر أنه اذهب الى فلان بطلقك أو اذهب لعبدي الى فلان فبيعه منه فذهب كما أخبره ففعل ذلك محمد في كتاب الوكالة انه جائز وذكروا في الزيادات انه لا يجوز فكان فيه روايتان في احدهما لا يتوقف على العلم وفي أخرى لا بد من العلم وذكر في المأذون ما وافق الاول وهو انه اذا قال للناس بايعوا عبدي فاني أذنت له في التجارة فما يعوه جازع انه لا علم للعبد بالاذن واذا توقفت الوكالة على العلم فليذكر بما اذ يحصل العلم المثبت للوكالة فقال (كل من اعلمه بالوكالة جازبه تصرفه) بشرط كونه مخيرا رجلا كان أو امرأة فاسقا كان أو عدلا مسلما كان أو ذميا وقال الشافعي وأحمد لا تثبت الوكالة بخبر الواحد أصلا لانها تتضمن عقدا كغيره من العقود (لانه) تسلط على مال الغير قلنا (انه اثبات حق) هو حق أن يتصرف (لا الزام أمر) فانه مختار في القبول وعدمه وكان كقبول الهدية عن ذكرائهم على يده وهو محل الاجماع والنص فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد واليتيم ويشترى من الكافر (وأما العزل عن الوكالة فعندهما هو والاخبار بها سواء وعند أبي حنيفة لا يثبت حتى يشهد عنده شاهد عدل أو شاهدان) أي مخبران لان لفظة الشهادة ليست بشرط عدل أو لم يعدلا (وجهه قولهما انه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية) وروى الحسن عنه أنه لا بد من عدلة المخبر واحدا كان أو أكثر وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندواني وزعم انه مذهب أبي حنيفة وقاله معنى اطلاق الكتاب أن لا يعلم حاله ما لا أن يعلم ما بالفسق وقيل بل هو على اطلاقه لان تأثير العدد فوق تأثير العدالة ألا ترى أن القضاء بواحد عدل لا ينفذ وبفاسقين ينفذ بطريق أولى يثبت به وهو الصحيح (وهذا لانه خبر ملزم) أي من كل وجهه فانه يمنع الوكيل من التصرف من كل وجهه وما قيل ملزم من وجهه دون وجهه بناء على مجرد اصطلاح أن يراد بالملزم من

فيه الزام أصلا لم يكن في معناها أصلا فلم يشترط فيه شيء من ذلك وبخلاف رسول الموكل فانه لا يشترط فيه أيضا شيء من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الإرسال اذ ربما لا يتفق لكل أحد في كل وقت بالغ عدل يرسله الى وكيله

(قوله انه ثبت ضمننا) أقول أي في ضمن أمر الحاضر بالتصرف (قوله والكلام في الوكالة يثبت قصدا) أقول قوله يثبت حاله قال المصنف (فيشترط الى قوله أو العدلة) أقول فيه اشارة الى أن العدالة لا تشترط في العدد وان قوله عدل صفة رجله قال في التلويح وهو الأصح (قوله كعبارة المرسل للحاجة) أقول فكيف لا تشترط العدالة في المرسل لا تشترط في الرسول أيضا (قوله ان لا يتفق الخ) أقول عليه ليكون عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الإرسال

(قوله وعلى هذا الخلاف) يعني الذي كره بين أبي حنيفة وصاحبيه في اشتراط أحد شرطيهما في بيان الزام المسائل المذكورة قل في النهاية انتهى مسائل ثلاث منها كبره المحقق في المبسوط واثنان ذكرهما في النوادر والسادسة قاسها المشايخ عليها والمصنف تركها في مسألة أما الأولى فهي التي ذكرناها من عزل الزكيل والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون إذا أخبره واحد بالخبر من تلقاء نفسه وهو عدل أو اثنان ثبت الخبر صدق العبد أو كذب وإن كان فاسقا وكذبه ثبت عندهم اختلافه وقيد بتلقاها منه لأن حكم الرسول حكم مرسله كما مر وهذه المسألة لم يذكرها المصنف عنده والثالثة لعبد الجاني إذا أخبر المولى بجنائته اثنان أو واحد عدل فتصرف فيه بعده معتق أو بيع كان اختيارا منه (٥٣٨) للفداء وإن أخبره فاسق وصدقه فكذلك والافتقار على الاختلاف عنده لا يكون اختيارا

وعلى هذا الخلاف إذا أخبر المولى بجنابة عبده أو الشفيع والبكر والمسلم الذي لم يجر لنا قال (وإذا باع القاضى أو أمينه عبدا للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن) لأن أمين القاضى قائم بمقام القاضى والقاضى مقام الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كي لا يتقاعده عن قبول هذه الامانة فضيع الحقوق ويرجع المشتري كل وجه ما كان الزامه على تخلف منكر بشرط لفظ الشهادة وحكم الحاكم ولم يمكن هذا الا لزام كذلك كان الزامه بقصور وجوب الضمان لو تصرف بناء على الزام من وجهه ثم يكتفى لاشتراط العدد والعدالة كونه ملزما من وجه بالمعنى الذي ذكرنا بخلاف الاعلام بالو كالة فانه لم يمكن فيه الزام أصلا لم يلزم أحد شرطى الشهادة وأجعو على ان الخبر بالعزل لو كان فاسقا وصدقه بنعزل (قوله وعلى هذا إذا أخبر المولى بجنابة عبده الخ) هذه مسائل ذكر محمد منها الثلاثة في الاصل واثنين في النوادر والسادسة قاسها مشايخنا على هذه أما الثلاث فأحداها عزل الزكيل والثانية العبد المأذون إذا أخبره واحد بالخبر ان كان رسولا فيخبر فاسقا كان أو عدلا وان كان فصوليا بشرط أحد شرطى الشهادة فيخبر صدقه العبد أو كذبه وإن كان فاسقا فان صدقه الخبر والافاسقة على الخلاف والثالثة العبد إذا جنى جنابة ولم يعلم به المولى حتى أعترفه أو باعه يلزمه الأقل من قيمته ومن ادبه فان أخبره واحد بالجنابة فكذلك ان كان فاسقا فان صدقه ثم باع أو أعتق يصير مختارا للدية ومن كذبه فهو على الخلاف عند أبي حنيفة لا يكون مختارا للدية وعندهما يصير مختارا لها وأما اللتان في النوادر فأحداهما الحربى إذا أسلم في دار الحرب فأخبره انسان بما عليه من الفرائض ان كان الخبر عدلا أو أخبره اثنان لزمته حتى لو ترك شيئا منها كان عليه فضاؤه اجماعا وإن كان فاسقا فان صدقه فكذلك وإن كذبه فعلى الخلاف قال شمس الأئمة السرخسى الاصح عندي أنه يلزمه القضاء ههنا اتفاقا لأن الخبر لرسول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه نظرد كونه في كتابنا المسمى بتحرير الاصول والثانية الشفيع إذا أخبر بالشراء فسكت فعلى ما قلنا ان أخبره فاسق فصدقه ثبت الشراء في حقه وإن كذبه فهو على الخلاف فإذا سكت لا تبطل شفيعته عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تبطل والسادسة البكر إذا زوجت بلا استئذان فأخبرت فسكت فهو على ما ذكرنا من الوجوه (قوله وإذا باع القاضى أو أمينه عبدا للغرماء) أى لاجلهم ليوفى ديونهم التي كانت على الميت (وأخذ المال) أى الثمن (فضاع) عنده (ثم استحق العبد) أومات قبل قبض المشتري (لم يضمن) القاضى ولا أمينه للمشتري شيئا (لأن أمين القاضى بمنزلة القاضى والقاضى كالامام وكل من هؤلاء لا يلحقه ضمان كي لا يتقاعده الناس عن قبول هذه الامانة) اذا لم يرجع المشتري على البائع من هؤلاء (يرجع) بالنفن

مأذونان هما وأولى النوادر المسلم الذي لم يجر اذا أخبره اثنان أو عدل بما عليه من الفرائض لزمته وبتر كوا يجب عليه القضاء وإن أخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف وشمس الأئمة السرخسى جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فالزمه وثانيه الشفيع اذا أخبره اثنان أو عدل بالبيع فسكت سقطت وإن أخبره فاسق به وكذبه فعلى الاختلاف والسادسة اذا بلغ البكر تزويج الرلى فسكت فان أخبره اثنان أو عدل كان رضايلا بخلاف وإن أخبرها فاسق فعلى الاختلاف قال (وإذا باع القاضى أو أمينه عبدا للغرماء) اذا باع القاضى أو أمينه عبدا للميت لاجل أصحابه أدبون (وقبض الثمن يضيع الثمن واستحق العبد لم يضمن) العاقد وهو القاضى أو أمينه (لأن أمين القاضى قائم مقام القاضى والقاضى قائم مقام الامام والامام لا يضمن كي لا يتقاعده عن قبول هذه الامانة قضيع الحقوق ويرجع المشتري

وقوله والثالثة العبد الجاني إذا أخبر المولى بجنائته اثنان أو واحد عدل الخ) أقول قوله اثنان أى فضوليان وقوله أو واحد أى فضولى (قوله إذا أخبره لارى اثنان أو واحد عدل الخ) أقول وفى كشف البرزوى قال عليه الصلاة والسلام نضر الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أدانها إلى من لم يسمعها وفى حديث آخر ألا فيبلغ الشاهد الغائب أه والاولى الاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام بلغوا عني ولو أني فليتبأمل (قوله وشمس الأئمة السرخسى جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلزمه) أقول لعدم اشتراط العداة في الرسول



على الغرماء لأن البيع واقع لهم ولهذا يباع بطلبهم) ومن وقع له البيع يرجع عليه المشتري إذا تعذر الرجوع على العاقد (كما إذا كان  
العاقد ميبعا محجورا أو عبدا (محجورا عليه) وههنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرناه يرجع المشتري على الغرماء فإن أمر القاضي  
الودي يبيع العبد للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع الثمن يرجع (٥٣٩) المشتري على الوصي لأنه عاقد نيابة) فإن

أوصى إليه الميت قطاعة  
وان أقامه القاضي فكذلك  
لأن القاضي إنما أقامه نائبا  
عن الميت لا عن نفسه  
وعقد النائب كعقد  
المؤوب عنه (فصار كما إذا  
باعه) الميت (بنفسه) في حياته  
وفي ذلك كان يرجع المشتري  
عليه فههنا يرجع على من  
قام مقامه (ثم يرجع الوصي  
على الغرماء لأنه عامل لهم  
وان ظهر للميت مال يرجع  
الغريم فيه دينه) أي يأخذ  
دينه من ذلك وهل يرجع  
بما غرم للوصي في ذلك المال  
ففيه اختلاف (قالوا يجوز  
أن يرجع بذلك أيضا لأن  
هذا الضمان لحقه في أمر  
الميت) فيقول لبيس له ذلك  
لأنه إنما ضمن من حيث إن  
التعبد وقع له فلم يكن له أن  
يرجع على غيره (والوارث  
إذا بيع له كان بمنزلة الغريم  
لأنه إذا لم يكن في الاستركة  
دين كان العاقد عاملا له)

على الغرماء لأن البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما إذا كان العاقد محجورا  
عليه ولهذا يباع بطلبهم (وان أمر القاضي الوصي يبيعه للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع المال  
رجع المشتري على الوصي) لأنه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه فصار كما إذا باعه  
بنفسه قال (ورجع الوصي على الغرماء) لأنه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه دينه  
قالوا يجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضا لأنه لحقه في أمر الميت والوارث إذا بيع له بمنزلة  
الغريم لأنه إذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له

فصل آخر (واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجعه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب  
فأضربه وسلك أن تفعل) وعن محمد رحمه الله أنه يرجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعين الخطة

(على الغرماء) أو الغريم (لأن البيع) والتصرف (واقع لأجلهم) فترجع الهبة عليهم وصار (كما إذا  
كان العاقد محجورا عليه) عبدا أو ميبعا يعقل البيع وكله رجل يبيع ماله جاز العقد بما شتره ما ولا تتعلق  
الحقوق به ما بل يجوز كله لان التزام الهبة لا يصح منه ما قصورا لاهلية في الشيء وحق السيد في العبد  
والاصل أنه إذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد تعلق بأقرب الناس إلى المقدم وأقرب الناس في مسئلتنا من  
ينفع به هذا العقد وهو الغريم ألا يرى أن القاضي لا يأمر الوصي أو أمينه بالبيع حتى يطلب الغريم  
فلذا يرجع المشتري بالنظر عليه عند الاستحقاق (ولو كان البائع الوصي يرجع المشتري عليه بالثمن لأنه  
عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي إياه عنه ثم الوصي يرجع به على الغريم) وكذا الوبايع الوصي  
العبد لنفسه الوارث فان المشتري يرجع على الوصي والوصي يرجع على الوارث لما قلنا ان البيع لأجله  
وهو الذي ينتفع به فلو كان الوارث صغيرا نصب القاضي عنه من يقضي دينه (فلما ظهر للميت مال يرجع  
الغريم فيه دينه) بلا شك وهل يرجع بما ضمن للمشتري قال المصنف (قالوا ويجوز أن يقال يرجع  
بالمائة التي غرمها أيضا) يريد بالمائة ما ضمن للمشتري فربما مائة (لأنه لحقه) ذلك (في أمر الميت)  
وينبغي أن يكون هذا بالاتفاق أعني جواز أن يقال وأما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن ففيه  
خلاف قيل نعم وقال نجد الأئمة السرخسي لا يأخذ في الصحيح من الجواب لأن الغريم إنما ضمن من  
حيث أن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره وفي الكافي الأصح الرجوع لأنه قضى ذلك وهو  
مضطر فيه فقد اختلف في التصحيح كما سمعت

فصل آخر (لما كانت مسائل هذا الفصل ترجع إلى أصل واحد وهو أن قول القاضي بأنفراده هل  
يقبل مولى ومعر ولا أخره (قول) وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجعه أو بالقطع  
فاقطعه أو بالضرب فأضربه وبعك أن تفعل) مجرد اخباره هذا (وعن محمد رحمه الله أنه يرجع عن  
هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعين الخطة) التي عنه لم يكم فيه بذلك قال الفقيه أبو الليث روى عن  
محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن أنه قال لا يسه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضوره وزاد جماعة على هذا  
فقالوا أو يشهد مع القاضي شاهد عدل على ذلك وهذا يفيد أن القاضي يشهد وليس معناه إلا أن يشهد  
القاضي والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد لا على حكم القاضي والا كان القاضي شاهدا على  
فعل نفسه وليس ههنا من يشهد عنده إلا المأمور باقامة الحد وهذا بعيد في العادة أعني أن يشهد القاضي

(٦٧ - فتح القدير خامس) قد قضيت الخ) إذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجعه  
أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فأضربه وسلك أن تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محمد أنه يرجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله ما لم  
تكن الشهادة بحضوره وهو رواية ابن سماعة عنه

فصل آخر (قوله ما لم تكن الشهادة بحضوره) أقول أو لا أقول بغيره



لا في قوله محتمل القلط والتدراك غير ممكن. واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاء زماننا وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه أيضا إلا أنهم تركوها فيه للحاجة اليه. وجه ظاهر الرواية أن القاضي أخبر عما عاك أنشاءه لأن المتولى يتمكن من انشاء القضاء ومن يتمكن من الانشاء مما أخبر به لم يتم في خبره وفيه بحث وهو أنه ممكن من ذلك بحجة أو بدونه والثاني ممنوع والاول يجرى غير ظاهر الرواية من جهة الحاجة ولأن القاضي من اول الامر وطاعة أولى الامر واجبة وفي تصديقه طاعته فيجب تصديقه وظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد على قوله من غير استسار وروايته (٥٣٠) إذا كان القاضي عدلا فقيمها وعلى هذا تنافي الاقسام العقلية كما قال الامام أبو منصور

لأن قوله محتمل القلط وانحط والتدراك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة في زماننا لا في كتاب القاضي الحاجة اليه وجه ظاهر الرواية أنه أخبر عن أمر يملك انشاءه فقبل ظنوه عن التهمة ولأن طاعة أولى الامر واجبة وفي تصديقه طاعته وقال الامام أبو منصور رجحه الله أن كان عدلا لا يقبل قوله لانعدام تهمة الخطا والخيانة وأن كان عدلا جاهلا يستغفر أن أحسن التفسير وجب تصديقه والافلا وان كان جاهلا فاسقا وأعمالا فاسقا لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لثمة الخطا والخيانة قال (واذا عزل القاضي فقال لرجل

فان كان عدلا لا يقبل قوله لعدم تهمة الخطا العاد والخيانة لعدم التهمة والافلا لا يحتاج الى الاستسار بالاتفاق وان كان عدلا جاهلا يستغفر عن قضائه لبقاء تهمة الخطا فان أحسن تفسير القضاء بأن فسر على وجه اقتضاه الشرع منسل أن يقول مثلا استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرحم وثبت عندي بالجنة أنه أخذ نصيبا من حرز لا شبهة فيه وأنه قتل عددا بلا شبهة وجب تصديقه وقبول قوله والافلا لأنه ربما ينظر بسبب جهله غير الدليل دليلا أو لا شبهة غير دارة وان كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لثمة الخطا في الجهل والخيانة في الفسق قال (واذا عزل القاضي فقال لرجل الخ) لما فرغ من بيان ما يخبر به القاضي من قضائه في زمن ولايته شرع في بيان ذلك بعد عزله فاذا أخبر

عند الخلاء بأنه شهد على فلان وفلان وبؤدى الأمر عنده وإذا اقتصر محمد على معانية حضور الشهادة من الأمور وهذا (لأن القلط وانحط في الحكم محتمل) لأن القطع بنفيهم ليس إلا لانياء عليهم الصلاة والسلام (وعلى هذا لا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي) لأن الاعتماد فيه على خبر القاضي الكاتب يفرد (واستحسن المشايخ هذه الرواية في هذا الزمان لفساد حال أكثر القضاة لا في كتاب القاضي إلى القاضي) لأن فيه ضرورا لحياة الحقوق ولما كان عدم الاعتماد محملا بالفساد والقلط اقتضى الحال التفصيل في التوقف لا إطلاقه (فقال الامام أبو منصور) كان القاضي عدلا لا يقبل قوله لانتهاء التهمة في الدين بالعدالة والخطا في الحكم بالعلم (وان كان عدلا جاهلا استغفر أن أحسن) في بيان سبب حكمه وشروطه (وجب تصديقه) لعدم الدالة ٣ وترك المصنف قسمين آخرين وهو ما إذا كان فاسقا عالما أو جاهلا فان الفسق مانع من الركون لاخباره بالاستفسار وحكمه بقصد الخلف فلا يؤخذ بقوله ولا بتفسيره (وجه الظاهر أنه أخبر عن أمر يملك انشاءه) في الحال (فيقبل الخلاء عن التهمة) لأن التهمة انما تحقق في اخبار بأمر لا يمكن انشاؤه في الحال فيجوز عدم المطابقة أما إذا كان ذلك مما يقدر على انشاءه في الحال فيجوز كانه أنشاء في الحال بمعانية الحاضرين ولا يخفى أن الذي يملك انشاءه ليس إلا الحكم وهو لا يفيد أن الاحتمال المانع قائم إذا عاين الحكم وان لم يعاين الشهادة والشروط وإذا قال محمد لا يسع ذلك ما لم تكن الشهادة بحضوره ولم يقل الحكم فلا يفيد هذا الوجه شيئا وما زاد من زاعل على ما ذكر محمد قوله لم أو يشهد مع القاضي عدل على ذلك احتجوا أن يريدوا وجبا آخر وهو أن المعادة أن ينصب في كل بلدة قاض واحد ولو لم يكن خبر القاضي بانفراده حجة في الالتزام لكان في كل بلد قاضيان وأنت سمعت ما قدمناه في تلك الزيادة وعلمت أن الاحتمال المذكور لا يزول إلا بالعلم بسبب القضاء وهذا لا يتحقق عند الأمور الآن يحضر وقوع السبب أو يشهد عنده عدل أن أنه شهد عند القاضي الآخر فلان وفلان على الوجه الفلاني ويشهدوا توفر الشروط وهذا لا يترق على تكثير القضاة بل على وجود الشهادة وقضاة كانوا أولا فلا يلزم لذلك تكثيرهم فاللازمة بين عدم قبول خبره بانفراده وتكثير القضاة ممنوعة (قوله) وإذا عزل القاضي فقال لرجل الخ صورتها عزل القاضي فادعى عليه رجل أنه أخذ منه الغاب غير حق أو قطع

انما قضى المقضى عليه بعد العزل بما قضى وأسند الى حال ولايته فلا يخلو إما أن يصدقه فيما قال فلا كلام فيه

(قوله لأن قوله محتمل القلط) أقول لعل المراد بالقلط ما يعم الكذب (قوله وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه أيضا) أقول يعني مطلقا (قوله ومن يتمكن من الانشاء الخ) أقول فيه ركعة

١ كتبهم امش نسخة العلامة الجراوى قوله في التوقف كذا في النسخ ولعل في القبول لا اطلانه أى القبول فقوله لا اطلانه نفي لما في الجامع الصغير من عدم تقييده بالعالم العدل فتدبر  
٢ قوله وترك المصنف الخ لعل النسخة التي كتب عليها الشارح لم يكن فيها القسمان المذكوران اه

أو يكذب في حقيقته ويدفعه في كونه في زمن الرأيا أو يكذب فيه فان كان الاول فالقول للقاضي بلا شبهة لان كان الثاني فكذلك في الجميع فعلى هذا اذا قال الرجل أخذت منك ألفا ودفعته الى فلان قضيت به عليك وقال لا تسرق قضيت بقطع يدك في حق فقال المأخوذ منه المال والمقطوع يده فعلت ذلك في حال قضائك ظاهرا فالقول قول القاضي لانهم المأخوذون اتفاقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذا القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يقضي بالظهور لان ما ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي (ولو أقر الفاطم والابن عليه بقتل امرأته في حال القضاء ودفع القاضي وأمره بالشئ صحيح كما اذا كان يدفعه المال الى الابن أخذ معاينا في حال القضاء فانه لا يضمن الابن حينئذ فكذلك ههنا وكذا اذا كان أمره بالقطع معاينا في حال القضاء وان قال المأخوذ مال والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد

(قوله أو يكذب في حقيقته) أقول ظاهره لا يقابل الاستعمال الاول (قوله لانه ثبت فعله الخ) (٥٣١) أقول فيه بحث حيث غير ترتيب المصنف فلم يظهر كون قوله لانه ثبت الخ تعميلا لأي شئ قال المصنف (ولا يمين على القاضي) أقول قال في الكافي لانه لو لم يمين لصار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ اهـ وفيه بحث والاولى

أخذت منك ألفا ودفعته الى فلان قضيت به عليك فقال الرجل أخذت ظاهرا فالقول قول القاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق هذا اذا كان الذي قطعت يده والذي أخذ منه المال متقربين انه فعل ذلك وهو قاض (ووجهه انه المأخوذ اتفاقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذا القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا (ولا يمين عليه) لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي (ولو أقر الفاطم والابن عليه بقتل امرأته في حال القضاء ودفع القاضي وأمره بالشئ صحيح كما اذا كان يدفعه المال الى الابن أخذ معاينا في حال القضاء فانه لا يضمن الابن حينئذ فكذلك ههنا وكذا اذا كان أمره بالقطع معاينا في حال القضاء فان قال المأخوذ مال والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد

أخذت منك ألفا ودفعته الى فلان قضيت به عليك فقال الرجل أخذت ظاهرا فالقول قول القاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق هذا اذا كان الذي قطعت يده والذي أخذ منه المال متقربين انه فعل ذلك وهو قاض (ووجهه انه المأخوذ اتفاقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذا القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا (ولا يمين عليه) لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي (ولو أقر الفاطم والابن عليه بقتل امرأته في حال القضاء ودفع القاضي وأمره بالشئ صحيح كما اذا كان يدفعه المال الى الابن أخذ معاينا في حال القضاء فانه لا يضمن الابن حينئذ فكذلك ههنا وكذا اذا كان أمره بالقطع معاينا في حال القضاء فان قال المأخوذ مال والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد

أخذت منك ألفا ودفعته الى فلان قضيت به عليك فقال الرجل أخذت ظاهرا فالقول قول القاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق هذا اذا كان الذي قطعت يده والذي أخذ منه المال متقربين انه فعل ذلك وهو قاض (ووجهه انه المأخوذ اتفاقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذا القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا (ولا يمين عليه) لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي (ولو أقر الفاطم والابن عليه بقتل امرأته في حال القضاء ودفع القاضي وأمره بالشئ صحيح كما اذا كان يدفعه المال الى الابن أخذ معاينا في حال القضاء فانه لا يضمن الابن حينئذ فكذلك ههنا وكذا اذا كان أمره بالقطع معاينا في حال القضاء فان قال المأخوذ مال والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد

أو بعد العزل قال القول أيضا للقاضي (٥٣٣) في الصحيح لأن القاضي أسند فعله إلى حالة منافسة للضمان أما صير أن حالة القضاء تباين

أو بعد العزل قال القول للقاضي أيضا ( هو الصحيح لأنه أسند فعله إلى حالة معهوده منافسة للضمان )  
فصار كما إذا قال طلعت أو اعتقت وأنا مجنون والجنون منه كان معهودا ( ولو أقر القاطع أو ألا خذني  
لهذا الفصل بما أقر به القاضي

أو بعد العزل قال القاضي يقول بل فعلته في حال قضائي ففعله في نفسه لا في غيره ( والصحيح أن القول أيضا للقاضي لأنه )  
أي القاضي ( أضافه إلى حالة معهوده منافسة للضمان فصار كما إذا ) اتفاقا على الطلاق والعقاق وقالت  
المرأة والعبد كان ذلك في صحة عقله و ( قال ) بل ( وأنا مجنون وكان جنونه معهودا ) فالقول له ولو كمل  
قال أقرت لك وأنا ذاهب العقل من برسام وهو معلوم أنه كان به واحترز بقوله هو الصحيح عما قال شمس  
الأمته في شرحه للجامع الصحيح أن القول للدي لان هذا الفعل حادث فيضاد إلى أقرب الأوقات وهذا  
يخص ما إذا كانت الدعوى بعد العزل خاصة وكذا أقره شمس الأمته فإنه قال فاما إذا زعم أي المدعي أنه  
فعل ذلك بعد العزل فان القول قوله لان هذا الفعل حادث الخ قال ومن ادعى فيه تاريخا سابقا  
لا يصدق الا بيئته فالصحيح يخصص ما إذا كانت دعواه أنه فعله بعد العزل ولا يكتفى ذكر في تعليقه ما يعبر به كون  
القول للقاضي فإنه قال لان الأصل ان المنازعة متى وقعت في الحالة الماسية يحكم الحال بكسالة الطاحونة  
وفي الحال فعليه موجب للضمان عليه وبهم هذا الاسناد يدعي سقوطه بخلاف الاول حيث تصادق أنه فعله  
وهو قاض الى آخر ما ذكره ولكن المذكور في عامة نسخ شروح الجامع أن القول للقاضي وهو اختيار شرف  
الاسلام والصدور الشهيد لانه بالاسناد الى الحالة المعهوده المنافسة للضمان من منكر للضمان قاله قول قوله  
كلو قال الوكيل بالبيع بعد العزل بعث وسلمت قبل العزل فقال الموكل بعده فالقول لا وكيل ان كان  
المبيع مستمرا وكان كان قائما بعينه لم يصدق لانه أخبر عن أمر لا يملك انشاءه فيصير مدعيه وكذا لو  
قال العبد بعد العتق رجل قطع يدي خطأ وأنا عبد وقال المقر له بل وأنت حر فالقول للعبد ولا  
ضمان وكذا إذا قال أخذت مني كل شهر كذا من المال بعد العتق فقال السيد قبله فالقول للسيد ان  
كانت الغلبة له البكدة وان كانت قائمة فالقول للعبد وان أخذ من المولى لانه أقر بالاخذ ثم بالاضافة يريد  
التملك عليه فكان مدعيه وكذا الرضى لو ادعى به بعد بلوغ اليتم انه أنفق عليه كذا وهو في يده وادعى  
اليتم انه استلمه فالحق قول الوصي ذكره الحموي واستشكل عباد ذكره في باب جناية المملوك فحين  
أعتق جاريته ثم قالوا أقطع يدي وأنت أمي فقالت بل وأنا حرة فالقول لها وكذا كل ما أخذ منها  
عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع انه منكر باسناده الى الحالة المعهوده المنافسة للضمان ولو قلت أقره بذلك  
بسبب الضمان وهو القطع ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع فيه هنا أيضا أقر بسبب الضمان وهو اقراره  
للمقر له بشئ ثم ادعى ما يبرئه به ذهاب العقل وكذا القاضي إذا أقر بعد العزل بالاخذ ثم ادعى  
ما يبرئه بالاسناد وكذا الوصي أحجب بالفرق بأن المولى أقر باخذ مال الغير وادعى جهة التملك لنفسه  
فصدق في الاقرار لاني جهة التملك كلو قال أخذت مني الفها هي ديني عليك أو الهبة التي وهبتها  
وأنتكر الآخر كان القول لا آخر وكذا لو قال أكل طعامك بأذنك وقال بغير إذنني فالقول لصاحب  
الطعام بخلاف القاضي والوكيل والوصي لانهم من ادعوا جهة التملك لأنفسهم وكذا في دعوى  
الطلاق والعقاق ما ادعوا التملك لأنفسهم لما هو ملك الغير فكان القول قوله ثم في اضافته ثم الى  
الحالة المعهوده المنافسة ( فقول له ولو أقر القاطع أو ألا خذني هذا الفصل ) وهو فصل في زعم المخوذ  
منه والمقطوع ان التواخي فعلى ذلك قبل التقيد أو بعد العزل فأقر القاطع والقباض أي  
فعلت ذلك بأمر القاضي وهو على قضائه والمأخوذ منه والمقطوع عيه يقول بل فعله أو بعده

الضمان قال القاضي بذلك  
الاسناد منكر والقول  
للمكر نصرا اسناد القاضي  
فهنا كساد من عهد من  
الجنون اذا قال طلعت أو  
اعتقت وأنا مجنون اذا كان  
ذلك منه معاديين الناس  
فان القول قوله حتى لا يقع  
الطلاق والعقاق لان منافسته  
إلى حالة منافسة لا يقع  
وإنما قال هو الصحيح احترازا  
عما قال شمس الأمته السرخصي  
ان القول قول المدعي في  
هذه الصور وبناء على أن  
المنازعة اذا وقعت في الماضي  
يحكم الحال وفي هذه الحال  
فعليه موجب للضمان عليه  
وهو بهذا الاسناد يدعي  
ما يقطع الضمان عنه وأما  
في الاولى فقد تصادق أنه  
فعله وهو قاض وذلك غير  
موجب للضمان عليه ظاهرا  
لان الأصل أن يكون قضاؤه  
حقا ولكن في عامة نسخ  
الجامع الصغير ما ذكره أن  
القول للقاضي ( ولو أقر  
القاطع أو ألا خذني هذا  
الفصل بما أقر به القاضي

في أخذه العبد وقطع يد الامه كذا لا يفتي ( قوله كساد من عهد من الجنون الخ ) أقول في ( بضم ن )  
النسبة لطائفة لا يفتي ( قوله في هذه الصورة ) أقول في الاطلاق تأمل